



Crism.

1816

Mittermaier

Xerokeplern aus konservato-
rischen Gründen nicht erlaubt
Nur im Lesesaal benutzbar

12. 12. 1989

Bayerische Staatsbibliothek



<36662922430010



DIE PARTEISTELLUNG
DER
STAATSANWALTSCHAFT
IM
REFORMIRTEN DEUTSCHEN STRAFVERFAHREN.

VON
Dr. juris WOLFGANG MITTERMAIER
ZU HEIDELBERG.

*Der juristischen Fakultät der Universität Heidelberg zur Erlangung
der venia docendi vorgelegt.*

STUTTGART.
VERLAG VON FERDINAND ENKE.
1897.

1897



Vorwort.

Die Frage, die ich auf das Titelblatt meiner Arbeit stelle, ist bisher noch nicht zum Gegenstand einer besonderen Untersuchung gemacht worden, jedoch hat sie bei allen theoretischen Arbeiten auf dem Gebiete des Strafprozesses stets eingehende Berücksichtigung gefunden. Gewiss verdient sie volle Beachtung: die Antwort enthält das Programm für die Theorie unseres Strafverfahrens. Hierin liegt die Berechtigung ihrer erneuten, allseitigen Behandlung. Dass sie gerade heute für unser Verfahren zur besonderen Erörterung gelangt, ist darin begründet, dass die deutsche Strafprozessordnung den vorläufig festen Abschluss einer neuen Entwicklung darstellt, dass sie schon eingehend dogmatisch untersucht ist und dass Wissenschaft und Praxis auf ihrem Boden zu einer nicht allzufernen Weiterbildung zu streben scheinen.

Zur Antwort, die in jedem Punkte richtig ist, können wir wohl nur nach einer Lebensarbeit gelangen. Mir selbst kann nur daran liegen, das Gebiet unseres deutschen heutigen Verfahrens von einem neuen Standpunkt aus zu durchforschen. Dabei ist meine Arbeit eine dogmatische, keine geschichtliche, wenn sie auch grossentheils auf der Geschichte aufgebaut ist. Und wie die Frage nach der Parteistellung das ganze Strafverfahren durchzieht, so muss ich auch zur Antwort alle Einzelpunkte der Prozessprinzipien berücksichtigen, ohne aber bei dem Umfang dieser Erörterung jeweils hierüber Einzeluntersuchungen veranstalten zu können: das reiche Material von Bearbeitungen aller Punkte macht es auch möglich, aus ihm die Steine zu einem neuen Bau zu gewinnen.

Auch die ungemein wichtige rechtsvergleichende Bearbeitung des Prozesses muss besonderen Arbeiten vorbehalten bleiben.

Zeige ich auch nur Altbekanntes in einem neuen Lichte, von einer besonderen Seite, in neuer Zusammenstellung, so scheint mir schonersprießliches geleistet.

Während des Druckes meiner Arbeit fand die zweite Lesung der Justiznovelle im Reichstag statt, und fast muss ich es bedauern, gerade jetzt mit dieser Schrift fertig zu sein: denn die Novelle ist für die Entwicklung unseres Prozesses entschieden von grosser Wichtigkeit. Sie ändert an dem System des Gesetzes, soweit es uns hier angeht, wenig, aber sie hemmt die systematische Weiterbildung: sie zeigt wie jede Flickarbeit das Bild bedauerlicher Systemlosigkeit, das sich in der dritten Lesung nicht ändern wird. Ich will hier nur Einzelheiten erwähnen, auf die ich schon im Text einging.

Manches von der Verringerung der Parteirechte hat der Reichstag gegenüber dem Entwurf wieder aufgehoben: so z. B. dass auch nicht fest angestellte Hülfssrichter am Landgericht mitwirken könnten (122. Sitzung); wohl aber bleibt § 23 Abs. 3 gestrichen (s. S. 202). Für die Voruntersuchung ist die Stellung des Beschuldigten wieder verbessert, da er auch auf dieselbe antragen kann (131. Sitzung zu § 176); und glücklicherweise ist der Vorschlag, die Voruntersuchung zur Hauptsache zu machen, indem grundsätzlich hier die Zeugen vereidigt werden sollten, auf den Antrag Munkel abgewiesen worden (zu § 65, 129. Sitzung). Die Verbesserung gegenüber der Vorlage zu § 244 hingegen ist so gering, dass in der Praxis die Parteien sehr wenig auf die Stoffsammlung werden einwirken können (132. Sitzung, s. S. 191). Dass nach § 144 nun auch nicht-richterliche Justizbeamte zu Officialvertheidigern sollen beigezogen werden können, beweist, wie gering man die Selbstständigkeit des Beschuldigten anschlägt: nur sollen wenigstens die Secierübungen der Referendare am Corpus vile des Angeklagten vor dem Schwurgericht wegfallen (130. Sitzung zu § 144). Die Beibehaltung der Garantien für die erste Instanz ist um so wichtiger, als die Berufung immer nur eine Ueberprüfung der Ergebnisse der Vorverhandlung wird bieten können. Sehr zu bedauern endlich ist die Art wie die subsidiäre Privatklage in § 152 eingeführt ist: das bedeutet allerdings eine Abschwächung des Legalitätsprinzips und eine nur so geringe, dem Volk ungewohnte Einführung eigenen Handelns, dass in Wahrheit damit die Nichtverfolgung vieler Thaten ausgesprochen ist: auch hier wird die Halbheit der Reform eher schaden als nützen (130. und 131. Sitzung).

Heidelberg, Dezember 1896.

Dr. W. Mittermaier.

Inhaltsangabe.

	Seite
Vorwort	III
Einleitung	1
 Erster Theil. Allgemeine Grundsätze über die Stellung des Staates im Strafrecht	6
§ 1. Zusammenhang des Prozesses und materiellen Rechts . .	6
§ 2. Die Rechtsverhältnisse	7
§ 3. Die Rechtsordnung. Objektives und subjektives Recht .	9
§ 4. Rechtsverhältnisse des Staates. Oeffentliches und Privat- recht	11
§ 5. Fortsetzung. Oeffentliche subjektive Rechte	15
§ 6. Subjektives Recht im Strafrecht	21
§ 7. Staatsstrafrecht	24
 Zweiter Theil. Staatsrechtliche Grundsätze für die Ver- wirklichung der Strafrechtsverhältnisse	30
§ 8. Ausgangspunkt der Betrachtung	30
§ 9. Disposition des Staates im Strafrecht. Wichtigkeit dieses Gesichtspunktes S. 34. Scheidung dieses Begriffes von prozessualen Begriffen	34
§ 10. Heinze's Ansicht über diesen Punkt	41
§ 11. Aufzählung der fünf darzulegenden Grundsätze	45
§ 12. 1. Officialprincip. Bedeutung und Gegensatz. Folgen für das Verfahren	47
§ 13. Fortsetzung. Kritik der Zusammenstellungen von Official- princip und Verfahren	51
§ 14. 2. Legalität. Bedeutung, Einfluss auf den Prozess . .	57
§ 15. 3. Materielle oder historische Wahrheit. Bedeutung und Gegensatz	66
§ 16. Fortsetzung. Folgen für den Prozess. Irrige Zusammen- stellung mit Untersuchungsprincip	70

	Seite
§ 17. 4. Nothwendigkeit der Strafrechtsverwirklichung im Prozessweg. Schwierigkeit der Bestimmung dieses Begriffs .	73
§ 18. Gemeine Ansicht über das Verhältniss des Prozesses zum Strafrecht und über das Verhältniss von Civil- und Strafprozess	76
§ 19. Bestimmung des Prozesses aus dem Wesen des materiellen Rechtsverhältnisses. Darstellung der selbständigen sachlichen Interessen im Strafprozess wie im Civilprozess durch Parteien	85
§ 20. Fortsetzung. Wesengleichheit des Straf- und Civilprozesses	92
§ 21. Entwicklung der Idee der Interessevertretung im Strafverfahren nach der Geschichte. Grundideen des modernen Prozesses: Richterstellung und materiellrechtliche Stellung der Strafinteressenten	96
§ 22. Praktische Verwirklichung dieser Gedanken im reformirten Prozess	105
§ 23. Anschauungen hierüber in der Literatur. Idee des „Anklagegrundsatzes“	112
§ 24. Praktische Forderungen hiernach	117
§ 25. 5. Nothwendigkeit der staatlichen Organisation im Strafrecht zur Trennung der Strafverfolgung und Rechtsprechung	122
§ 26. Organisation der Strafverfolgung. Nothwendigkeit derselben zur Interessevertretung. Einheit der Staatsanwaltschaft .	128
§ 27. Anklagemonopol der Staatsanwaltschaft. Verschwinden der Idee der Gesetzeswächterschaft und Ausbildung der Interessevertretung. Frage der Abhängigkeit der Staatsanwaltschaft von der Regierung	139
§ 28. Organisirung der Rechtsprechung im Strafverfahren. Ihre Wesensgleichheit mit derjenigen im Civilverfahren . .	151
Dritter Theil. Prozessrechtliche Grundsätze für die Strafverfolgung	159
§ 29. Begriff des Prozesses, insbesondere des Strafprozesses .	159
§ 30. Die Prozesssubjekte	170
§ 31. Das Klagerecht	182
§ 32. Praktische Ausgestaltung unseres Prozesses. Wesen der Strafklage	192
§ 33. Die Voruntersuchung als Prozesstheil	202
§ 34. Formelle Parteirechte und ihre Gewährleistung	217
§ 35. Parteirechte im Beweis	222
§ 36. Fortsetzung. Einzelheiten	229
§ 37. Schluss	245

Einleitung.

Ich werde bei meiner Arbeit in der Weise vorgehen, dass ich das materielle Strafrechtsverhältniss, das zwischen Staat und Thäter besteht, klarlege, dass ich danach das der Verwirklichung dieses Verhältnisses dienende Prozessverhältniss, wie es zwischen dem Staat und dem Beschuldigten geregelt ist, erörtere, um hierbei wie auch auf der damit gewonnenen Grundlage im Einzelnen die Stellung des Staatsanwaltes nach ihrer staatsrechtlichen und prozessualen Seite zu entwickeln. So viele Gedanken ich bei diesem Programm meiner Methode ausdrücke, so viele Angriffspunkte: „Was heisst Strafrechtsverhältniss? Giebt es ein solches? Besteht ein Prozessverhältniss? und gar für den Strafprozess? Das ist civilistische Denkweise. Solche dogmatische Principien können nur auf historischer Grundlage gewonnen werden.“ Derlei Einwendungen glaube ich am besten durch die Ausarbeitung selbst zu beantworten; doch sind einige Allgemeinbemerkungen wohl nicht unnöthig und am besten hier untergebracht.

Viele der Strafprozessualisten gehen in ihren Untersuchungen von dem Strafrechtsverhältniss aus (statt anderer nenne ich nur Ullmann in seinem neuen Lehrbuch), aber eine stete Entwicklung aller Einzelheiten auf dieser Grundlage ist bisher noch nicht gegeben; daher giebt z. B. niemand in einer mich vollauf befriedigenden Weise die wohl unentbehrliche Verknüpfung der Begriffe Partei im Prozess und Rechtsverhältnisstheilnehmer im materiellen Strafrecht.

Für das Civilrecht ist diese Betrachtungsweise durchaus gebräuchlich, wenn auch in vielen Punkten angegriffen; für das Strafrecht wird sie erst allmählich entwickelt, hier aber

schon deswegen stark befehdet, weil man in ihr etwas civilistisches vermuthet, wie es für das Strafrecht nicht passe. Ich gestehe offen, dass ich im Strafrecht civilistisch zu denken strebe, wenn hiermit die im Civilrecht besonders ausgebildete scharfe Methodik bezeichnet wird. Das Strafrecht ist ein Gebiet, welches mehr als das Civilrecht die Jurisprudenz zur Untersuchung des Rechtsstoffes: des Verbrechers, des Verbrechens, — sowie seiner materiellen Behandlung: der Strafpolitik, hinzieht; im Civilrecht lässt sich leichter mit der Rechtsform gemeinsam die Materie, das „Lebensverhältniss“, untersuchen und viele innere wie äussere Gründe haben die Civilrechtswissenschaft in der Erkenntniss ihrer Systematik weiter gefördert als andere Theile der Jurisprudenz. In unserer Zeit drängt uns die leichtere und bessere Erkenntniss der Faktoren in den gerade jetzt so mächtig strömenden Verhältnissen des gesellschaftlichen Lebens einmal zu einer Revision aller unseren Rechtssätzen zu Grunde liegender Lebensverhältnisse, sie führt uns anderseits aber auch zu einer Revision und zur auffallend verbesserten Erkenntniss unserer Rechtssystematik. Damit wird wieder in richtigerer und schärferer Weise als dies die Naturrechtsschule und die rein rechtsgeschichtlich denkende Schule konnte, die Einheit, der Zusammenhang des gesellschaftlichen Lebens und die Einheitlichkeit des Rechtssystems erkannt. So rufen die am weitesten gehenden und am raschesten vorwärts eilenden nach einer sozialen Behandlung des Rechts, nach einer Rechtspolitik und thun damit das Streben unserer Zeit kund; die gegenüber dieser starken Oberströmung ruhigeren Elemente arbeiten überall an einer Neugestaltung unserer Rechtsformen, da man mit Recht erkennt (aber nicht immer genug betont), dass das Leben sich nur in ausgebildeten Rechtsformen gesund entwickeln kann. Wenn hierbei von den Civilisten mehr und mehr darauf hingewiesen wird, dass zwischen Civilrecht und öffentlichem Recht keine unüberbrückbare Kluft liege, soll der Strafrechtslehrer da nicht auch danach streben, dass die Formirung aller Rechtssätze nach einem einheitlichen Plan geschehe? Ist damit gesagt, dass wir die Eigenarten der ver-

schiedenen Gebiete verkennen? Führt uns nicht vielmehr eine einheitliche Methode des Systems zu einer viel weiteren, daher vielseitigeren und wohl richtigeren Erkenntniss auch der materiellen Faktoren? Warum sprechen wir von einer Rechtswissenschaft, wenn wir nicht mindestens allgemein gültige Untersuchungsregeln in deren Gebiet kennten? Und ist es endlich nicht ganz natürlich, dass die so conservative Rechtswissenschaft mit den schon gegebenen, hochentwickelten Begriffen, die das Civilrecht bisher fast ausschliesslich nützte, zu arbeiten anfängt? Diese allgemein gültigen Ideen von ihrer Einseitigkeit zu befreien, ist dabei freilich nöthig; das kann aber nur im Laufe einer frisch gewagten Untersuchung mit ihnen geschehen.

Dabei haben wir uns nur vor einigen Fehlern besonders zu hüten:

Die vom Civilrecht verwendeten Begriffe haben dort in der geschichtlichen Entwicklung besondere Ausbildungen gewonnen, die zum Theil ihre wahre, allgemeine Bedeutung, ihren für uns wirklich vorhandenen Werth verkennen liessen; es bedurfte und bedarf noch grosser Mühe, sie rein herzustellen, sie auf der Grundlage unserer heutigen Verhältnisse neu zu entwickeln, wozu meist historische Untersuchungen den besten Anfang bildeten. (Ich erinnere nur an Bülow's Prozessvoraussetzungen.) Sehr leicht aber benützen wir solche zur Zeit im Civilrecht vielerörterten Begriffe ebenso reichlich im Strafrecht und gelangen dadurch zu Anschauungen, die selbst im Civilrecht einseitig sind, da subtile Entwicklungen, deren Berechtigung schon im Civilrecht bestritten ist, jedenfalls nur für das besondere Gebiet Geltung beanspruchen könnten, auf dem sie entstanden sind¹⁾. Vermeiden wir diese Subtilitäten hingegen, und verwerthen wir nur die dort wirklich als brauchbar festgestellten allgemeineren Sätze, um sie hier besonders zu entwickeln, — dann dürfen wir wohl eher Gewinne ver-

¹⁾ Ich will nicht über Binding's Anschauungen und System in seinem Handbuch streiten: nur scheint hier allerdings einseitig civilistisch gearbeitet zu sein, z. B. in der Eintheilung bei den „Wandlungen“ §§ 106 ff.

zeichnen. Durch diese selbständige Entwicklung sind wir auch genöthigt, uns über Begriffe klar zu verständigen, deren Bezeichnungen wir alle gemeinsam verwenden, ohne ihnen die gleiche Bedeutung unterzulegen. Sie führt uns auch zur schärferen historischen Begründung unserer Grundlagen und lässt uns damit den Fehler vermeiden, mit einer Art naturrechtlicher Voreingenommenheit von unbewiesenen Sätzen auszugehen. Das darf uns aber wohl nicht veranlassen, dass wir alle Principienlehre aufgeben: die Einseitigkeiten der reinhistorischen Schule und die Vorzüge selbständigen Denkens, selbständiger Entwicklung der Principien allerdings auf historischer Grundlage sind in unseren Tagen auch wohl wieder zur Genüge bekannt: Die reichere und namentlich gewissenhafte Benützung der Praxis kann uns dabei nur unterstützen.

Endlich sehe ich noch eine Schwierigkeit juristischer Untersuchungen auf dem Gebiete des Prozesses, insbesondere des Strafprozesses: praktische Fragen und Erörterungen politischer Zweckmässigkeit nehmen so viele Kräfte in Anspruch, dass man leicht methodische Untersuchungen vernachlässigt; so ist eine solche neben der Fülle rein praktisch gehaltener Darlegungen zu den Entwürfen eines Gesetzes betreffend Aenderungen und Ergänzungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Strafprozessordnung meines Wissens nicht geschrieben¹⁾, so sehr diese Entwürfe dazu anregen. Streng dogmatische Untersuchungen haben die Erkenntniss der Civilprozesswissenschaft in erstaunlicher Weise gefördert, und doch klagt man, dass sie kaum beachtet seien bei gesetzgeberischen Arbeiten. Wir dürfen bei aller Anerkennung der Bedeutung, ja eminenten Wichtigkeit praktischer Arbeiten nicht übersehen, dass ein geistig Band um all diese Einzelstücke nur durch die Dogmatik gewoben wird: aber es würde sich schwer rächen, wollten wir dabei die aus der Praxis kommenden Darlegungen nicht gebührend beachten. Wie ich gerade bei der mir vorliegenden Frage wieder erkenne, geht die Praxis oft ihre eigenen Wege

¹⁾ Am ehesten kann hierfür Ortloff genannt werden: Für und wider die Berufung in Strafsachen. München, J. Schweitzer Verlag 1896.

und bildet kraft ihrer Macht sich das Recht unbekümmert um die Theorie und den theoretischen Willen des Gesetzes. Es kommen hier Momente zur vorher nicht erkannten Geltung, die das Recht abändernd wirken; und ebenso machen sich jetzt erst manche Schwächen des Gesetzes im rauhen Leben so fühlbar, dass nach einiger Zeit die Fortbildung der Praxis ein ganz anderes Wesen geschaffen hat, als wir nach dem reinen Gesetzeswillen erwarten durften¹⁾. So müssen wir sorgfältig prüfen, was geltendes Recht ist: wir müssen die Fortbildungen der Praxis mit dem Gesetzssystem verarbeiten. Wir dürfen dann freilich nicht danach streben, dass wir unmittelbar für die Praxis arbeiten; der Einfluss dogmatischer Arbeiten wird hier nur langsam durchdringen. „Dem thätigen Menschen kommt es darauf an, dass er das Rechte thue, ob das Rechte geschehe, soll ihn nicht kümmern.“

¹⁾ Ich weise besonders auf das praktische Ueberwiegen der Voruntersuchung hin.

Erster Theil.

Allgemeine Grundsätze über die Stellung des Staates im Strafrecht. Strafrechtsverhältniss.

§ 1.

Um der Frage nach der prozessualen Stellung der Staatsanwaltschaft auf den Grund zu gehen, werden wir am besten den Prozess construiren: bei einer solchen Entwicklung bleiben wir unbefangen, erhalten aber für unsere Anschauungen den systematisch festesten Grund. Zweifelhaft kann nur sein, wo wir anfangen, ob sofort beim Strafprozess oder beim materiellen Strafrecht. Gerade heute ist dieser Zweifel berechtigter denn je: Trotzdem die Beziehung des formellen und materiellen Rechts stets anerkannt wird, kommt die konstruktive Selbstständigkeit des Prozessrechts vielfach zum Ausdruck. Wenn wir aber beachten, dass der Prozess dem materiellen Rechte dient, nicht Selbstzweck ist, so müssen wir von vorneherein anerkennen, dass die Eigenart des materiellen Rechtes den Charakter des Prozesses beeinflusst: Ich muss also über das erstere klar sein, will ich das formelle Recht construiren. Noch aber ist das System des Strafrechts so wenig übereinstimmend dargestellt, dass jeder, der über den Prozess spricht, vorher sich über die Konstruktion des Strafrechts erklären muss. Meist werden statt dessen bei der Erörterung der Prozessfragen historische Ausgangspunkte genommen, wobei freilich das unmittelbar praktisch Zweckmässige leicht erkannt, aber auch dessen Verhältniss zum Ganzen verkannt wird: dann fügen sich die Theile schwer zusammen¹⁾.

¹⁾ Ich beobachte das auch bei Friedmann's werthvollem Aufsatz in Grünhut's Z. XVII, 1890, S. 41 ff., besonders S. 56 ff.

Gehe ich hingegen derart vor, dass ich das im Prozess als Endzweck erscheinende materielle Recht zuerst und zwar ohne Rücksicht auf spätere Erwägungen mir klar lege, dann behalte ich bei den Einzelheiten des Verfahrens stets die Beziehung auf den Zweck als Ganzes vor Augen, und habe einen festen Punkt, der mir leichter die Möglichkeit giebt, manche Begriffe (z. B. hier die der Legalität, des Anklageprinzips) auf ihre richtigen Maasse zu bringen. Der Schwierigkeit, dass wir hierbei leicht zu theoretischen Konstruktionen ohne praktischen Werth gelangen, können wir sehr wohl durch Beachtung der geschichtlichen Entwicklung und der praktischen Ausgestaltung des Rechts begegnen¹⁾.

§ 2.

Im einzelnen Strafprozess soll das Strafrecht zur Geltung kommen, aber im Einzelfall nur ein einziger Punkt: ob dieser Mann wegen dieser That eine bestimmte Strafe erdulden soll. Das unbefangene Auge sieht einen, der eine Strafe erleiden soll, und einen andern, der die Strafe fordert, und setzt beide in ein Verhältniss zu einander, das vom Recht beherrscht wird: So ist auch ein concretes Strafrechtsverhältniss der Gegenstand des Strafverfahrens; dieses unterscheidet sich in seiner Form durch nichts von anderen Rechtsverhältnissen²⁾.

¹⁾ Bei solchen theoretischen Reflexionen sehen wir den Gegenstand unserer Untersuchungen, das sinnliche Rechtsleben, ja nicht mit dem körperlichen Auge auf dem Versuchstisch, sondern in einer Abstraktion, und wer weiss, ob diese der wahren Sache entspricht. Die Probe, ob andere die Sache ebenso abbilden, kann uns helfen; aber dabei sind Missverständnisse oft unvermeidlich. Ich darf bekennen, dass mir die neuerdings in den Vordergrund tretenden sog. sozialen oder soziologischen Betrachtungen manche Hülfe gewähren, da sie mich mehr auf das Studium der wirthschaftlichen Seite der Rechtssätze und der nicht rechtlich formellen Ordnung des gesellschaftlichen Lebens hinweisen, so dass ich den Werth der Rechtsform anders betrachte, als wenn ich sie als einzige Erscheinung gesellschaftlichen Lebens ohne Rücksicht auf andere Verhältnisse mir vorstellte.

²⁾ Vergl. Jellinek, System der subjekt. öffentlichen Rechte, insbesondere S. 54/55.

Diese Darlegungen sollen nicht die Erkenntniss des Wesens des

Solche sind rechtlich geordnete äussere Verhältnisse von Menschen zu Menschen; ihre Summe bildet das Rechtsleben¹⁾. Hier regelt die Rechtsordnung in ihren einzelnen Theilen, das objektive Recht die Lebensverhältnisse der Menschen in den verschiedensten Beziehungen. Das Recht ist die Ordnung des äusseren menschlichen Zusammenlebens, ist zur festen Bestimmung des Gemeinschaftslebens da. Die für das Recht unmittelbar in Betracht kommenden Verhältnisse sind nur die äusseren Beziehungen der Menschen unter einander, nur die Interessensphären in ihrem Zusammenstoss. Allerdings ist der letzte Grund auch der Rechtsordnung Schutz des Einzelnen in seinem Genuss der Aussenwelt. Daher setzen viele den „Genuss“ oder gar das „Gut“, oder auch die Werthung des Gutes, das „Interesse“ als wesentlichen Inhalt des Rechtsverhältnisses, der die Eintheilung und die Leitsätze bestimme²⁾. Das ist für viele Eintheilungen berechtigt; aber zur Haupt- und wesentlichen Bestimmung des Rechtsbegriffes dient doch am besten derjenige Grund der Rechtsordnung, welcher den wichtigsten und Hauptinhalt der Rechtssätze ausmacht und am besten anderen Beziehungen überall Platz gönnt, welcher auch von Niemand verkannt wird: eben das äussere Verhältniss der Menschen zu einander und dessen Sicherung. Dessen Regelung dient allein das Recht. Die inneren Verhältnisse regelt die Sitte; die Beziehungen der Menschen zu den äusseren Gütern der Natur haben vielerlei andere Regeln (hier schlägt auch die Wirtschaftsordnung ein). Wollen wir der Rechtsordnung ihr Machtgebiet wahren (es wird ihr von vielen Angreifern vielfach heute streitig gemacht), so können wir das am besten durch

Rechtes fördern, sondern nur meine Auffassung davon, soweit das für diese Abhandlung nöthig ist, klarlegen. Daher ihre Unvollständigkeit.

¹⁾ Siehe auch F. Herzfelder, Gewalt und Recht. München 1890. Oertmann, Jahrb. für Dogmatik, XXXI, 1892, S. 415 ff.

²⁾ Vergl. H. O. Lehmann, Rechtsbegriff und Rechtssystem 1895, insbesondere S. 25, 53. Dass man im Rechte die Interessensphären zur Betrachtung herbeizieht und nicht die Gütersphären, scheint mir richtiger: Die menschliche Werthung des Gutes ist das massgebende in den Rechtsbeziehungen.

Erkenntniss des Gebietes in dem Gesellschaftsleben, wo sie unbedingt nothwendig ist. Dann werden wir auch am besten den materiellen Inhalt der Rechtsform beachten und der Aenderung des Verhältnisses beider zu einander folgen können ¹⁾).

§ 3.

Nach Allem denke ich mir die Rechtsordnung nicht als etwas abstrakt von vorneherein Vorhandenes ²⁾). Die thatsächlichen äusseren Beziehungen der Menschen sind zuerst gegeben, in denen der Wille, die Macht des einen in seinem Interesse, zum Schutze seines Ich, seines Gutes, gegen den Willen, die Macht, das Interesse, das Ich, das Gut des andern auftritt. Solange jedes dieser Verhältnisse sich nur für sich ordnet, giebt es kein Recht; sobald aber eine Regel, eine Norm, ein Maass gefunden ist, mit welchem analog der Ordnung im einen Fall auch der ähnliche Fall geordnet wird, haben wir die Anfänge des Rechts. Dessen Grundlage aber ist eine concrete, subjektive Ordnung eines einzelnen Verhältnisses, die nur desswegen noch nicht Recht ist, da hierzu eine Mehrheit von Verhältnissen gehört, die aber ausserdem schon alle Merkmale der Rechtsregelung in sich enthält ³⁾). Erst wenn mehrere gleichartige Verhältnisse sich nach der gleichen Norm richten oder richten können, entsteht ein abstrakter Satz, die allgemeine Form, entsteht objektives Recht, mit dem zugleich das subjektive Recht, als die Befugniss, gemäss der

¹⁾ Recht ist nur Form. Recht ist nicht für sich allein das Leben. Die Beachtung des Lebensinhaltes der Form ist von höchster Wichtigkeit. Der Fortschritt aller Wissenschaften, insbesondere der exakten Forschungsmethode erleichtert uns die Erkenntniss des Rechtsinhaltes und damit des Rechtes selbst.

²⁾ Vergl. Bierling, Juristische Principienlehre § 9. Hölder, Ueber objektives und subjektives Recht, insbesondere S. 18 ff.

³⁾ Lehmann z. B. a. a. O. S. 5 sagt nach Binding u. a.: Eigenthum bestand schon vor der Norm. Das ist irrig: Eigenthum ist ein Rechtsbegriff und entsteht erst mit dem Recht. Das thatsächliche Verhältniss des Menschen zur Sache und damit zum Nebenmenschen bestand schon vorher.

allgemeinen Norm zu leben, entsteht¹⁾. Objektives Recht ist vom subjektiven Recht geschieden, wie das abstrakte vom concreten, wie das allgemeine vom einzelnen. Das subjektive Recht ist die mir zustehende Abgrenzung, die meiner Sicherung dienende Einzelformirung meines bestimmten Interesses, dem das objektive Recht als abstrakte allgemeine Formulirung entspricht. Jedem Rechtsverhältnisse liegt ein Interesse zu Grunde, wie sich jedes Interessenverhältniss zu einem Rechtsverhältniss auswachsen kann.

Dem subjektiven Recht, als dem Rechte eines Subjektes, der einen Seite eines Rechtsverhältnisses, der Berechtigung, „Willensmacht“²⁾, steht die Pflicht gegenüber: da Recht ohne Pflicht und das umgekehrte Verhältniss nicht denkbar ist, so ist die Pflichtseite immanent dem subjektiven Recht: das subjektive Recht also ist die volle concrete Normirung dieses einen Rechtsverhältnisses, wie das objektive Recht die allgemeine, abstrakte Norm für alle Rechtsverhältnisse bildet³⁾. Beide decken sich. Aber während ehemals das objektive Recht durch Verallgemeinerung aus den einzelnen, concreten Verhältnissen entstand, ist es dann dauernd und das erste geworden, das alle concreten Normen bestimmt: es schafft die Rechtsverhältnisse. Sogar bei der Neubildung setzen wir erst abstrakt das objektive Recht, um diesem gemäss die vorhandenen Lebensverhältnisse zu Rechtsverhältnissen auszuprägen oder auch ohne Weiteres neue Beziehungen sofort als rechtliche Verhältnisse zu knüpfen.

Unter den Rechtsverhältnissen giebt es einige Interessenskreise, die nicht derart für sich allein geordnet sind, dass dem Interessenten ein eigenes subjektives Recht gewährt wird⁴⁾. Doch ist jedem rechtlich geordneten Interessenverhältniss

¹⁾ Umgekehrt z. B. Hälschner, Deutsches Strafrecht § 1.

²⁾ Das Willenselement darf nicht völlig aus dem Rechte herausgenommen werden.

³⁾ Dass alle Normen Imperative seien, braucht nicht gesagt zu sein.

⁴⁾ Vergl. statt anderer Jellinek, System S. 42, und Nr. VI Reflexrecht. Etwas anders fasst Kohler die Sache auf: Gesammelte Beiträge zum Civilprozess 1894, I. I. S. 2 ff.

wesentlich, dass der in ihm zur Geltung kommende Wille von der Rechtsordnung anerkannt und möglichst geschützt werde, einerlei, ob sich aus ihm ein volles subjektives Recht entwickelt habe oder nicht¹⁾.

§ 4.

Das objektive Recht setzt sich nicht selbst: es bedarf natürlich der Setzung, es bedarf eines Trägers, der die rechtlich geordnete Gemeinschaft bildet²⁾. Abgesehen nun von der uns hier nicht weiter interessirenden Frage, welcher Art die Rechtsbeziehungen sind, in welchen die Rechtsgemeinschaft zu ihren einzelnen Mitgliedern steht, wenn sie für sich und für diese objektives Recht setzt, entsteht die weitere Frage: kann der Setzer objektiven Rechts zu den Gemeinschaftstheilmern in Rechtsverhältnisse treten, bei denen er als Träger subjektiven Rechts durch die Rechtsordnung gebunden ist? Giebt es subjektive Rechte des Staates, die nicht dem objektiven Recht gleich, sondern ganz wie alle andern subjektiven Rechte zu behandeln sind? Für ein Gebiet bestreitet das Niemand: für das Privatrecht; im öffentlichen Recht aber wird die Frage sehr zweifelnd beantwortet. Das führt uns vor Allem zur Unterscheidung beider Rechtsgebiete.

Wie die Beziehungen der Menschen unter einander, die wir als allgemeine Unterlage unserer Betrachtung annehmen, die verschiedenartigsten sind, so sind auch die Rechtsverhältnisse mannigfaltig, so ist auch das objektive Recht in seinen Theilen sehr verschieden: nur allmählich hat es sich in unserer Idee zu einer Einheit verbunden. Aber auch nur allmählich haben wir die verschiedenen Theile so verbunden, wie wir das heute thun. Viele Thatsachen auch, welche die Unterlage von Rechtsverhältnissen abgeben, lassen zwischen denselben Personen rechtliche Beziehungen der verschiedensten Art entstehen.

¹⁾ Bierling, Juristische Principienlehre. I. Buch, III. Abschn.

²⁾ Für uns hier genügt, dass der Staat ein Träger des objektiven Rechts, die Rechtsgemeinschaft ist, — ob die einzige, mag dahingestellt sein. Jedenfalls ist die Gesellschaft an sich kein Begriff rechtlicher Ordnung.

Auf die Frage, was die einzelnen Rechtsverhältnisse zu Gruppen verbindet, werden bekanntlich die verschiedensten Antworten gegeben: doch scheint die Ansicht, dass die verschiedenen Arten des Interesses das unterscheidende Merkmal ausmachen, die am besten haltbare ¹⁾. Es mag grosse Schwierigkeiten haben, nach diesem Gesichtspunkte zu trennen; und doch glaube ich ihn bei allen anderen Unterscheidungen wieder zu finden. Hier kommt der entferntere Zweck der Rechtsordnung, die ja der Aufrechterhaltung unserer Ordnung nur zum Schutz des Gütergenusses dient, zur vollen, bestimmenden Geltung: er tritt uns entgegen in dem Interesse ²⁾. Dies ist die besonders geartete Wichtigkeit, welche von den Theilnehmern des Rechtsverhältnisses und von allen Rechtsgenossen bestimmten Thatsachen beigelegt wird, welche die Rechtsverhältnisse entstehen lässt und überall wiederkehrend scharf genug hervortritt, um uns zur Unterscheidung zu dienen. Da die Thatsachen, die Güter, verschiedenen Interessen zu gleicher Zeit dienen, so hat es auch grössere Schwierigkeiten, nach ihnen zu unterscheiden.

Abgesehen von allen Einzeleintheilungen der Rechtssätze aus diesem Gesichtspunkte, scheidet die Wissenschaft die Rechtsverhältnisse danach in zwei Gruppen: die eine, deren Zweck das eigene Geniessen von Gütern durch die Theilnehmer, also deren eigenes, unversehrtes Bestehen als Einzelner berührt, an deren rechtlicher Verwirklichung im concreten Fall daher die Einzelnen ohne Rücksicht auf ihre Stellung zur Allgemeinheit grösseren Antheil nehmen als diese Gemeinschaft der Rechtsgenossen, und die andere, deren Endzweck aus den verschiedensten Gründen von unmittelbarem Einfluss auf den ruhigen Bestand der Allgemeinheit als solcher erscheint,

¹⁾ Vergl. Jellinek, System, IV, S. 50 und Anm. 1 daselbst.

²⁾ Interesserecht, Zweckrecht, ist nicht kaltes Nützlichkeitsrecht, sondern kann und muss von ethischen Ideen durchzogen und getragen sein. Dieser Unterschied wird oft übersehen. So sprechen z. B. Holtzendorff, Reform der Staatsanwaltschaft, in Deutsche Jahrbücher 1864, 12. Bd. S. 186, und Ortloff in Grünhut's Z. XXIII, S. 477 ff., vom Gegensatz der Nützlichkeitsgründe, Interessegründe gegenüber dem Rechtszweck.

bei denen der Gütergenuss mit Rücksicht auf den Bestand der Rechtsgemeinschaft, die das subjektive Recht setzt, gewerthet wird, wenn auch der einzelne Betroffene ein anderes Interesse zeigte, deren Aufrechterhaltung im Einzelfall daher die Allgemeinheit selbst angeht¹⁾.

Natürlich ist es für die rechtliche Gemeinschaft (den Staat) stets sehr wichtig, für ihr Bestehen sogar grundlegend werthvoll, dass die Lebensverhältnisse gemäss dem von ihr als richtig erkannten und daher festgesetzten oder angenommenen objektiven Recht verwirklicht werden, und insofern hat sie ein unmittelbar erstes Interesse auch in jenen zuerst genannten Rechtsverhältnissen, für deren Aufrechterhaltung sie daher selbst thätig wird. Aber während in diesen Fällen nur das rechtsordnungsgemässe Bestehen der Mehrzahl der Verhältnisse für die Allgemeinheit wichtig ist, scheint es ihr in den anderen Fällen, wenn sie die Lebensgüter mit Rücksicht auf ihr eigenes Bestehen werthet, wichtig, dass alle Rechtsverhältnisse nach der allgemeinen Norm geordnet werden: sie nimmt daher für diese Fälle die Sorge ganz auf sich, wenn sie auch nicht immer als unmittelbar Betheiligte im Vordergrund steht: hier haben wir öffentliches Recht, dort Privatrecht. Dass sich auf dieser Grundlage die verschiedensten Complicationen entwickeln, dass gemäss der Vereinigung der Rechtsverhältnisse zu grösseren Gebilden immer grössere Schwierigkeiten in der Erkenntniss der Natur des Interesses entstehen, schadet dem Wesen dieses Unterscheidungsmerkmals nicht. Auch die Thatsache, dass das Interesse wechselt, dass erst allmählich auf verschiedenen Gebieten das Allgemeininteresse erwacht, erstarkt und über das Einzelinteresse siegt, ist nur eine Thatsache, die einerseits uns zur Erkenntniss unserer Theilung verhilft, wie sie uns anderseits dieselbe in

¹⁾ Siehe die dankenswerthe Darstellung von Leuthold: Öffentliches Interesse und öffentliche Klage im Verwaltungsrechte. Hirth's Annalen des D. R. 1884, S. 321 ff. Die Eintheilung des Rechtssystems nach Subjekten trifft sich im Allgemeinen trotz des scheinbaren Gegensatzes mit meiner oben gegebenen. Das Interesse giebt den Grund an, warum die Subjekte verschieden sind.

Einzelfällen erschweren mag. Und auf den ersten Blick paradoxe Erscheinungen, dass in Rechtsverhältnissen, die so wesentlich das Bestehen des Individuums berühren, dass dessen Interesse alle anderen aufheben müsste, dass in diesen doch das öffentliche Interesse jenes individuelle verdrängt, wie z. B. da, wo es sich um die Unversehrtheit meines Körpers handelt, zeigen uns, dass das einmal geweckte öffentliche Interesse stärker wird als selbst das stärkste Einzelinteresse ¹⁾.

Der Antheil, den die Allgemeinheit an den concreten Rechtsverhältnissen nimmt, kann selbst da, wo er unmittelbar dieselben beeinflusst, wo wir also von öffentlichem Recht sprechen, noch verschiedener Natur sein; in der Sache begründete Einzelheiten werden offenbar durch die Geschichte besondersartig und scharf entwickelt, so dass hierauf bestimmte Kreise sich gründen können. So ist der Charakter der Rechtsverhältnisse, die sich auf das Bestehen des Staates beziehen, ein anderer als jener der Rechtsverhältnisse, die im Kreise einer auf religiöser Grundlage entstandenen Rechtsgemeinschaft — der Kirche — vereinigt sind. Ebenso ruhen die Rechtsverhältnisse, welche die Allgemeinheit eröffnet, um allen Rechtsverhältnissen rechtsordnungsgemässe Verwirklichung zu sichern — das Prozessrecht — auf einem besonders gearteten öffentlichen Interesse. Ebenso ist auch der Charakter der Strafrechtsverhältnisse, die wir heute der überwiegenden Zahl nach als zum Gebiet des öffentlichen Rechts gehörig betrachten, eigenartig entwickelt.

¹⁾ Wer wie Prazák (Archiv für öffentliches Recht, IV, 1889, S. 241 ff., insbesondere S. 259 f.) das Vorhandensein innerer Gründe für den Unterschied von öffentlichem Recht und Privatrecht bestreitet, geht wohl ebenso sehr einseitig zu weit, wie diejenigen, die mit Dantscher v. Kollesberg (Die politischen Rechte der Unterthanen 1888—1892. I. Lieferung S. 28 f., 54 ff., 60) alle Unterschiede in der Natur der Sache begründet finden. Rein äussere Gründe sprechen wohl ebenso sehr mit; doch dürfen wir in allem menschlichen Thun das Streben nicht übersehen, der für uns wenig bestimmbaren „Natur der Sache“ nahe zu kommen.

§ 5.

Da nun die Rechtsgemeinschaft das abstrakte Recht heute meist in festen Formen selbst setzt, hierdurch ihren Willen äussert, so wird von Vielen erklärt, die Gemeinschaft könne nicht zugleich Trägerin des objektiven Rechts und Theilnehmerin eines durch dieses Recht gebundenen, unter dem objektiven Recht stehenden Rechtsverhältnisses, nicht subjektiv Berechtigte oder Verpflichtete eines subjektiven Rechts sein: solche Selbstbindung sei rechtlich keineswegs der Unterwerfung eines Einzelnen unter das objektive Recht gleichstehend. Wenn Viele dennoch „subjektive Rechte“ auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts, d. h. unter Theilnahme der rechtsetzenden Gemeinschaft annehmen, so geben sie diesem einen ganz anderen Charakter, als den privaten subjektiven Rechten.

Allerdings kommt der Gedanke, dass es subjektive öffentliche Rechte gebe, deren Träger oder Verpflichteter der Staat sei, immer mehr zur Anerkennung¹⁾; diese stehen systematisch-formell anderen subjektiven Rechten völlig gleich. Doch werden vielfach solche Rechte nur den Einzelnen gegen den Staat, nicht umgekehrt zugesprochen; mindestens bilden die ersteren fast allein den Gegenstand systematischer Besprechung.

Dem gegenüber ist daran festzuhalten, dass alle vom Rechte erfassten Vorgänge des gesellschaftlichen Lebens in einzelnen Rechtsverhältnissen verwirklicht werden: wo der Staat als solcher an einem rechtlich geordneten Lebensvorgang Theil hat, da liegt ebenso ein Rechtsverhältniss vor, wie wenn allein zwei Einzelne betheiligt sind; an sich also erscheint hiernach kein Unterschied. In beiden Fällen wird das Rechtsverhältniss nach dem objektiven Recht, der allgemeinen Rechtsordnung normirt: der Unterschied liegt nur darin, dass im einen Fall das objektive Recht über beiden Theilnehmern des Verhältnisses gesetzt wird, im anderen Fall von dem einen

¹⁾ Vergl. nur Jellinek's treffliches „System“, siehe z. B. auch Holland, Jurisprudence P. I, C. IX, p. 115 der 6. Ausgabe.

Theilnehmer selbst. Daraus folgert man zumeist, dass in diesem zweiten Fall das objektive Recht selbst unmittelbare Aeusserung finde; einer Vermittlung durch die Konstruktion eines subjektiven Rechts bedürfe es nicht¹⁾. Dass dies dann etwa richtig sein mag, wenn man in der objektiven Rechtsordnung lediglich die Rechtsnormirung durch die Allgemeinheit für die sie selbst berührenden Verhältnisse sieht, gebe ich zu. Dass aber diese Erklärung nicht den bei uns gebräuchlichen Begriff des objektiven Rechts trifft, ist mir unzweifelhaft. Objektives Recht ist allgemeines Recht insofern, als es die Norm ist für alle möglichen Verhältnisse: es ist die ideelle Form, das Schema, das auszufüllen ist: wird es ausgefüllt, concretisirt, so haben wir ein Einzelrechtsverhältniss, „subjektives Recht“. Nur auf diese Weise wird im einzelnen Fall das objektive Recht verwirklicht. Auch da, wo die rechtsetzende Gemeinschaft die von ihr selbst bestimmte Form im concreten Fall anwendet, subjektivirt sie das objektive Recht genau so, wie wenn ein Einzelner das thäte. Und wenn gerade hier besonders viele rechtlich geschützte Einzelinteressen vorhanden sind, denen nicht selbst ein besonderes subjektives Recht entspricht, so liegen diese doch im Kreise eines sie beherrschenden subjektiven Rechts, und gerade sie sind vor unserem Auge vielfach zu vollen Rechten ausgebildet worden: ich erinnere nur wieder an die Verhältnisse des Prozesses, dessen gesetzliche Bindung eben das Produkt neuerer Zeit ist.

Systematisch steht das öffentliche subjektive Recht dem privaten völlig gleich, denn Recht ist nur formelle Regelung. Dass der Inhalt dieser Formen und Regeln ein völlig verschiedener ist, berührt zunächst nur die wirthschaftliche oder politische Seite des Verhältnisses, woraus freilich eine besondere innere Ausgestaltung desselben folgt. Gewöhnlich geht man bei der Betrachtung des Rechts von diesem Inhalt,

¹⁾ Mir scheint es inconsequent, dann in Privatrechtsverhältnisse, an denen der Staat betheiligt ist, von subjektivem Recht zu reden. Und wie steht es mit den Rechtsverhältnissen des öffentlichen Rechts, an denen der Staat nur mittelbar betheiligt ist, deren auftretende Theilhaber Einzelne oder vom Staat getrennte Verbände sind?

der in Formen zu bindenden Macht aus und entwickelt hieraus grundsätzliche Verschiedenheiten, die aber nur auf wirtschaftlichem oder sog. sozialem Gebiete liegen: für das Recht scheint mir dieser Ausgangspunkt nicht richtig gewählt, so wenig angängig es auch scheinen mag, die Form von dem Stoff zu lösen. Wenn wir aber erwägen, dass nicht allein das Recht auf das Leben einwirkt, dass neben dem Recht noch andere Faktoren das Leben beeinflussen, so folgern wir daraus mit Recht, dass die scharfe Scheidung der einzelnen Elemente — der Form und des Stoffes — eine Nothwendigkeit richtiger Erkenntniss ist, und dass es praktischer ist, bei der Bestimmung der Form nicht den Ausgangspunkt vom Stoff zu nehmen.

Auch Jellinek in seinem „System“ und Otto Mayer in seinem „Deutschen Verwaltungsrecht“ gehen von diesem Begriff der ungebundenen Macht aus, wenn sich auch Jellinek weit mehr als Mayer davon frei macht. Historisch ist es ja richtig, dass wir im Staate gerade der vor der unserigen liegenden Periode grösste Machtfülle sehen, die nun allmählich constitutionell gebunden wird. Aber dürfen wir hierüber vergessen, dass der Staat sich erst sehr langsam alle Einzelstücke seiner Gewalt hat zusammen erwerben müssen, bis er zu der Macht gekommen ist, die nun als die naturgemässe, als der Ausgangspunkt der Betrachtung erscheint? Ich kann diesen nur als einen philosophisch construirten erkennen, dessen Berechtigung mindestens sehr bestreitbar ist. Daher halte ich es für richtiger, von dem auszugehen, was wir bei dem Rechtszustande sehen, der im Staate vor uns liegt: und das ist nichts anderes als eine reale Einheit von Einzelrechten.

Otto Mayer sagt freilich ganz offen: Auf Seiten des Staates sei das erste Element des subjektiven Rechts, die Macht, von vornherein gegeben: aber es fehle „das zweite Element des Begriffs, die besondere Ausprägung und Abgrenzung der öffentlichen Gewalt zum Gegenstand eines subjektiven Rechts“; nur eine gewisse Abgrenzung werde analog dem Vorbilde des subjektiven Rechts auf dem Gebiete des Civilrechts vorgenommen.

Für ihn ist die allgemeine Macht des Staates kein Recht, sondern nur eine allgemeine Freiheit und Fähigkeit. Für den Staat gebe es genau genommen keine Rechte, denn diese sind alle Einzelercheinungen der einen grossen allgemeinen Hoheits- und Herrschermacht; sie als „Recht“ zu bezeichnen nütze auch weiter nichts; ihre „Individualisierung“ habe weiter keinen Erfolg (Erster Band § 9, insbes. p. 110 ff.).

Wenn wir aber sagen, dass die allgemeine Macht des Staates nicht rechtlich bestimmt ist, dann können wir wohl auch nicht von einem Rechtszustand im Staate sprechen. Wenn gerade die oberste bestimmende Macht nicht besonders ausgeprägt und abgegrenzt ist, welche Gewähr bieten dann alle anderen Rechtsregeln? Warum erkennt aber der Staat, die Regierung selbst solche Rechtsschranken an? Warum haben wir eine Verfassung? Allerdings hat an sich der Staat die Möglichkeit frei zu thun und zu lassen, was er will, er hat die Fähigkeit über die Rechtsgrenzen hinaus sich neues Recht selbst zu schaffen. Aber steht diese Fähigkeit Unrecht zu thun, der allgemein gültigen Rechtsbeschränkung entgegen? Geht nicht unser Streben heute darauf, Rechtsschranken auch des staatlichen Handelns aufzustellen, auch die staatliche Willkür durch eine rechtlich organisirte Macht zu binden? Heute stellt sich das staatliche Handeln nicht mehr als der Ausfluss einer allgemeinen Freiheit dar, wie das wohl für die Zeit einer absoluten Regierung richtig gewesen sein mag, sondern alle Staatsakte sind einzelne, bestimmt rechtlich geordnete, im Einzelnen erlaubte Handlungen. Jedes Verhältniss im Staat wird gebunden durch andere Verhältnisse, jedes Organ durch andere Organe, deren letzte, wieder keineswegs absolut willkürlich zu beseitigende, sondern durch mannigfache Zusammensetzung gehaltene Schranke die Verfassung ist. Eben in dieser Beschränkung liegt das Wesen des Rechts, und diese Beschränkung ist rechtlich erzwingbar, wenn auch die Erzwingbarkeit nicht von der im Rechtssystem sonst gewöhnlichen Art ist.

Jellinek geht zur Substantiirung der Abgrenzung der öffentlichen Rechte von soziaethischen Momenten aus. Sein

Kritiker Tezner (Grünhut's Zeitschrift XXI, 1894, SS. 107 ff., insbes. hier 162 ff.) construirt eine Hülfsvorstellung und weist auf die geschichtliche Entwicklung der Differenzirung von Gesetzgebung und Verwaltung hin. Aber gerade diese zwei Darlegungen zeigen mir aufs deutlichste, dass wir eine reale Rechtsbindung über den subjektiven öffentlichen Rechten haben, die in der Organisirung des Staatslebens liegt, darin, dass alle Machtäusserung nur durch bestimmte Organe in bestimmten Formen vorgenommen werden darf, dass die Competenz dieser Interessenvertretungen scharf abgegrenzt und im ganzen System ängstlich behütet wird und dass alle Organe in ihrer Machtsphäre abhängig von allen anderen sind. Wie sich in dieser immer strenger vorgenommenen Scheidung der einzelnen Interessenkreise, in diesem Herauswachsen fester Organisirung der stärkste Ausdruck der Einzelabgrenzung subjektiven Rechts des Staates findet, so findet sich darin auch das freilich noch im Werden befindliche Moment der Erzwingbarkeit der Abgrenzung, das freilich, je höher wir in der Stufenleiter der Organe gehen, um so unbestimmbarer ist, aber auch hier schon starke Ansätze rechtlicher Form zeigt, wie Tezner besonders hervorhebt. Entgegen Tezner kann ich jedoch selbst in der Gesetzgebung nicht mehr rein unbegrenzte Macht sehen, sondern auch die Abgrenzung dieses Rechtskreises zeigt sich in Rechtsformen äusserlich erzwingbar.

Dass die Einzelhandlungen des Staates, die sich nicht auf die Schaffung objektiven Rechts, der allgemeinen Rechtssätze beziehen, Aeusserungen subjektiven Rechts sind und nicht Aeusserungen objektiven Rechts oder Setzung solchen objektiven Rechts, man mag dieses nun auffassen wie man will, ergiebt sich doch auch aus der Art, wie beide erscheinen: Im objektiven Recht wird nur eine abstrakte Form geschaffen, beim subjektiven, im Einzelrechtsverhältniss wird ein bestimmtes Interesse dieser Form entsprechend bethätigt ¹⁾.

¹⁾ Allerdings wird auch bei Gesetzgebung ein bestimmtes Interesse, das an dem allgemeinen ruhigen Zusammenleben, rechtlich formell zum Ausdruck gebracht. Aber wenn auch diese Erscheinung der des sub-

Setzte der Staat auch hier objektives Recht, so statuirte er damit eine Norm für alle möglichen Fälle, womit durch Ausübung staatlicher Herrschermacht im Voraus alle später etwa Betheiligten formell gebunden wären. Es wird aber in Wahrheit vom Staatsanwalt und Strafrichter nicht ein Gesetz, sondern ein Einzelrecht formulirt, wie im Civilprozess; und ebenso schaffen die Verwaltungsbehörden nicht stets Gesetze, sondern ihre formellen Rechtshandlungen sind ganz derselben Art, wie die eines Privatgeschäftsmannes.

Da das objektive Recht für Lebensverhältnisse gelten soll, die weit über den die Rechtssetzung bezweckenden Interessenkreis derjenigen hinausgehen, die das Recht setzen, so wird es auch nie in dem ursprünglichen Verhältniss der Gesetzgeber verwirklicht, und nie ist es darauf angelegt, dass es in all seiner vollen Möglichkeit verwirklicht werde. Das subjektive Recht wirkt in seiner Formgebung nur in dem einen Interessenkreis, in dem und für den als einen im Voraus bestimmten es gewollt ist; es soll hier vollauf verwirklicht werden. Die Gesetzgeber verwirklichen daher auch nie das objektive Recht gegenüber einem Gegner mit dessen Mitwirkung, sondern in einem ihnen gleichgültigen Verhältniss anderer Interessen kommt das objektive Recht zur Einzelgeltung, während der subjektiv Berechtigte in seinem eigenen Interesse gegenüber einem ihm Verpflichteten sein Recht verwirklicht ¹⁾.

Das Hauptergebniss dieser Anschauung ist nur die Anerkennung rechtlicher Bindung auch des Staates in den Einzelverhältnissen und Ausschluss der Willkür: hierbei leistet die Selbstbindung in ihrer Eigenart die gleichen Dienste wie die stärkste Bindung des Rechts von aussen. Auch sehen wir gerade unter diesem Gesichtspunkt am besten die scharfe und tiefste Ausbildung der einzelnen Verhältnisse, die hier erst in ihrer Individualität klar zum Bewusstsein kommen.

jektiven Rechtes gleichsteht, so haben wir uns doch bei der Vergleichung objektiven und subjektiven Rechtes damit nicht zu befassen.

¹⁾ Darauf, dass in der Verwaltungsrechtspflege ausgeprägte subjektive Rechte gebildet werden, weise ich nur hin: Die Frage ist zu verwickelt, als dass sie hier näher besprochen werden könnte.

Der für unsere Betrachtung praktisch wichtigste Unterschied liegt demnach darin, dass das objektive Recht zu seiner Verwirklichung ganz anderer Formen bedarf, als das subjektive Recht, dass bei jenem ganz andere Zwecke und Ziele zu verfolgen sind, ganz andere Momente zu beachten sind als hier, dass daher auch die an der Verwirklichung Betheiligten eine ganz andere Thätigkeit ausüben. Diese Frage betrifft aber so sehr unsere Hauptfrage, dass ich sie nicht an diesem Platz weiter behandle.

§ 6.

Auf dem Gebiete des Strafrechts, des Inbegriffs aller Rechtssätze über die Strafe, haben wir ebenso Rechtsverhältnisse, in welchen der eine Berechtigte von dem Gegner Strafe zu fordern befugt ist. Dass dies Rechtsverhältnisse mit subjektiven Rechten seien, wird von vielen Seiten nicht anerkannt. Wegen der mannigfachen, hier zu Tage tretenden Eigenarten wird das Strafrechtsgebiet losgelöst von allen anderen Rechtsgebieten betrachtet: das Strafrecht solle die ganze Rechtsordnung schützen, es gehöre lediglich dem objektiven Recht an. Allerdings wird auch hier immer mehr der Begriff des subjektiven Rechts verwendet und den Darstellungen zu Grunde gelegt; ich brauche nur auf Binding's Handbuch zu verweisen. Aber wer erkannte nicht, dass es für das Gebiet des Strafprozesses erst noch einer consequenten, vollen Entwicklung des Begriffs bedarf. Eine Reihe von Prozessrechtsbegriffen wird wohl anders als bislang aufgefasst, zum mindesten strenger ausgebildet werden müssen, wenn der Begriff des subjektiven Strafrechts dabei voll verwerthet wird. Ja unser ganzer Prozess ruht noch auf der ausgesprochenen Idee, dass das Strafrecht des subjektiven Charakters ledig sei, wenn auch die praktische Gestaltung schon unwiderstehlich zu einer mehr minderen Anerkennung der Herrschaft subjektiven Rechts auch hier, zu einer Ausgestaltung desselben und seiner Folgeerscheinungen geführt hat.

Zumeist wird, ausgehend von dem Gedanken, dass im Strafrechte fast ausschliesslich der Staat, der Träger der Rechts-

ordnung, als Berechtigter auftritt, dass für den Staat ein besonderes, eigenartiges Interesse an dem Strafschutze vorliege, dargethan, dass das Strafrecht als staatliches Recht sich von allem anderen Recht scheide. Die Consequenz dieser Idee ist einmal, dass Civilstrafrecht nichts gemein habe mit dem Staatsstrafrecht, und ferner, dass die geschichtliche Entwicklung, die von dem überwiegenden Strafrecht der Einzelnen zum Staatsstrafrecht führte, einen naturnothwendigen Weg durchmachte. Wenn wir nun auch zugeben, dass es nach unserer Ansicht gewisse Güterkreise giebt, an deren ungestörtem Genuss der Staat entweder immer und überall oder doch zu Zeiten und in gewissen Grenzen ein Gemeininteresse haben muss, so müssen wir doch vorerst absehen von den Besonderheiten des Staatsstrafrechts, bei dem sich Verwickelungen des Begriffs zeigen, und einfach das Strafrechtsverhältniss als solches betrachten, in welchem wir dann das Verhältniss sehen, in dem eine Interessenabgrenzung durch besonders starken, äussersten Zwang geschützt wird¹⁾. Das ist die allgemeinste Idee; das Besondere des Strafrechts gegenüber anderen Rechtsgebieten liegt darin, dass hier ein besonders gearteter Zwang angewendet wird. Es liegt kein Grund vor, dass nicht jedes Interesse in seiner Abgrenzung so geschützt werden, dass nicht jeder Interessent diesen Zwang anwenden könne.

Und in der That sehen wir heute wie früher überall Einzelne so gut wie den Staat ihr Interesse durch Strafrechte wahren. Dass in der juristischen Konstruktion all dieser Verhältnisse ein Unterschied nicht zu finden ist, scheint mir heute eines besonderen Nachweises nicht mehr zu bedürfen: natürlich sind die Verhältnisse in vielen Punkten durchaus verschieden: in der Grösse, dem Umfang, der Art des zu schützenden Interesse, in der Art der Strafe²⁾. Wo wir ein Interesse eines Einzelnen

¹⁾ Andere mit der Strafe sich befassende Beziehungen sind nicht Beziehungen subjektiven Strafrechts. Vergl. Binding, Handbuch, I, S. 189, Anm. 7.

²⁾ v. Liszt (Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht. Beiträge zur Erläuterung. Heft 5, 1889) trennt „Genugthuung“ beim Privatdelikt und „Strafe“, d. h. Verletzung des Thäters in seinen Inter-

haben, da tritt dieser als Strafberechtigter auf, wo die Interessen der Allgemeinheit zu schützen sind, da wahrt diese ihren Kreis durch ihre Strafe.

Dasselbe Verhältniss beobachten wir heute, dasselbe in der Geschichte und ihrer Entwicklung. So lange nun der Staat noch nicht all der Aufgaben sich angenommen hatte, die er heute erfüllt, so lange er sich des Zwecks seiner Existenz noch nicht voll bewusst war, konnte er auch noch nicht zum Bewusstsein durchgedrungen sein, wie viele Interessen in seinem Schutzkreis liegen. Es ist lediglich eine allmähliche Aenderung in der Anschauung der Gesamtheit von ihren gemeinsamen Lebensgütern, in der Werthung derselben, in der Nothwendigkeit des strengen Schutzes der Güter, welche zusammen mit religiösen Ideen zu der Entwicklung führt, dass der Staat, das ist die Gesamtheit, als betroffen auftritt, wo früher nur der Einzelne, dessen Lebensgut verletzt war, betheiligt erschien. Und es ist nur eine allmähliche Wandlung in der Anschauung über die Art der Ausführung staatlicher Aufgaben, sowie ein verschieden starkes Bewusstsein davon, dass neben dem Staatsinteresse noch selbständig das Einzelinteresse auftrete, wenn trotz Erkenntniss vom Staatsinteresse, das dem Strafrecht zu Grunde liege, der Einzelne bei der Verwirklichung des Strafschutzes als Betheiligter mitwirkt. Ich leugne nicht, dass wir bei allen Völkern, zu allen Zeiten den fast unwiderstehlich scheinenden Zug der Erkenntniss und Erstarkung öffentlichen Interesses in ganz der gleichen Weise beobachten; aber diese Gleichartigkeit der Entwicklung, so interessant sie ist, so werthvoll ihre Betrachtung, beweist noch nicht, dass begrifflich die „soziale Reaktion gegen antisoziale Hand-

essen, beim strafrechtlichen Delikt. § 6, S. 26 ff. Ich kann hier einen Gegensatz derart, wie Liszt ihn auffasst, nicht finden: Strafe ist auch Genugthuung, und letztere enthält doch stets eine Beeinträchtigung der Interessen des Thäters. Genugthuung ist der Untergrund auch der staatlichen Strafe. Beide „fallen unter den gemeinsamen höheren Begriff der Bekämpfung des Unrechts“. Ebenda S. 27. Uebrigens könnten alle solche Verschiedenheiten noch nicht die Einheit der juristischen Konstruktion berühren.

lungen“¹⁾ sich als etwas Eigenartiges vom übrigen Rechtsgebiet habe völlig absondern müssen²⁾).

Wenn wir so die begriffliche Einheit alles Strafrechts annehmen, so brauchen wir doch nicht die Besonderheiten der Ausbildung zu übersehen, je nachdem ein Einzelner sein Interesse, oder der Staat das Gemeininteresse schützt. Wenn anderseits heute der Staat in der Hauptsache Träger des Strafrechts geworden ist, so dass wir fast ausschliesslich unter „Strafrecht“ Staatsstrafrecht verstehen, so dürfen wir doch nicht von dieser besonderen Ausbildung zur Betrachtung ausgehen: Staat und Strafrecht haben begrifflich keine Gemeinsamkeit. Subjektives Strafrecht bleibt völlig ausgebildetes subjektives Recht, ob es in Verbindung mit dem Staat uns erscheint oder nicht.

§ 7.

Mag nun die verschiedenartigste Entwicklung zur Alleinherrschaft des öffentlichen Interesses im Strafrecht geführt haben³⁾, ja sogar dahin, dass das Einzelinteresse des durch die strafbare That persönlich Betroffenen in Gegensatz zum Gemeininteresse gerathen kann, heute haben wir jedenfalls als Ergebniss: der Staat ist der subjektiv Strafberechtigte, sogar soweit, dass er den Einzelbetroffenen nicht als Berechtigten neben sich anerkennt und selbst berechtigt erscheinende Einzelinteressen unterdrückt, und dass daraus ein Ringen der Privatinteressen nach erneuter grösserer Beachtung eintreten musste. Hieraus entstand allmählich eine solche Vermischung der Be-

¹⁾ v. Liszt, Lehrbuch, § 2, II.

²⁾ Siehe auch die interessante Darstellung bei H. Summer Maine, *Ancient law*. 14th edit., 1891, X, S. 367 ff., und neuestens wieder die reichen Zusammenstellungen bei Makarewicz: *Das Wesen des Verbrechens*, Wien 1896, hier insbesondere S. 178 ff., 192, 203, 206, 212.

³⁾ Vergl. auch Foinitzki's Ansichten, aufgeführt in der Zeitschrift f. d. Strafr., X, 1890, S. 447. Jedenfalls wirkte hier die in geschichtlicher Entwicklung so oft zu bemerkende Ueberspannung der Principien sehr wesentlich mit, indem das stark wachsende Bewusstsein von der Subjektivität und Macht des Staats auch zu der starken Ausbildung der Alleinherrschaft des Staates im Strafrechtsschutz führte.

griffe, dass stets die wichtigsten staatsrechtlichen Fragen auf dem Gebiete des Strafrechts mit zu beachten sind¹⁾. Ganz zu beseitigen ist dabei der Gedanke, dass das Interesse des einzelnen Betroffenen bei der Gestaltung des Staatsstrafrechts irgendwie beeinflussend wirken könne: das wird bei Erörterung mancher Fragen leicht übersehen (Anklagegrundsatz, Officialverfahren). —

Der Staat schützt strafrechtlich seine Interessen, im einzelnen Strafrechtsverhältniss ein bestimmtes Interesse. Das ist eine einfache Folge aus der Erkenntniss des subjektiven Charakters des Strafrechts und auch ohne diese Betrachtung unmittelbar zu erkennen. Man leitet umgekehrt aus der Idee, dass das Strafrecht dazu da sei, die ganze Friedensordnung zu wahren, den Satz ab, dass daher nothwendig die Friedensordnung selbst durch den Staat im Strafrecht reagire, dass Strafrecht nur objektives Recht enthalte. Es ist wohl ein Verdienst des Darstellers der Normentheorie, die Unhaltbarkeit solcher Ideen erwiesen zu haben. Nur sehr mittelbar schützt der, der ein Strafrecht verwirklicht, die ganze Rechtsordnung, nur sehr mittelbar tritt er als deren Vertreter auf; ebenso sehr nützt jede Civilrechtsverwirklichung der Rechtsordnung im Ganzen. Es treten vielmehr nur ganz besondere bestimmte Interessen im Strafrecht hervor, nur bestimmte Güterkreise werden des strafrechtlichen Schutzes theilhaftig, und auch diese nur in einer ganz bestimmten Art ihrer Werthung, während schon in ihrem Bereich andere Interessen nur civilrechtlich abgegrenzt sind. Stets müssen die Rechtsgüter, mit denen für den Staat ein besonderes Interesse derart verknüpft ist, dass er strafrechtlichen Schutz sucht, als bestimmte gewachsen und zu klarem Bewusstsein gekommen sein; nie wird

¹⁾ Ich glaube, die Idee Jellinek's (Recht, Unrecht und Strafe, S. 85), dass die Betheiligung des Staates an der Verbrechensunterdrückung logisch aus der Nothwendigkeit der Unterdrückung antialtruistischer Denkungsart folge, ist nicht wohl annehmbar; denn auch in jedem Civilunrecht liegt ein Ausdruck antialtruistischen Denkens. Siehe auch Heinze in Holtzendorff's Handbuch des Deutschen Strafrechts, I, S. 338.

einfach „das Unrecht“ bestraft, sondern stets eine ganz bestimmte einzelne Richtung dieses Unrechts.

Aus dem Umstand allein, dass das Interesse zu strafrechtlichem Schutz Theile des gesamten Rechtslebens umfasst, kann diese Singularität des Strafrechts noch nicht gefolgert werden, da wir erkennen müssen, dass überhaupt alle systematischen Einzeltheile des Rechtes ihre Sätze über alle Gebiete des rechtlich geordneten Gemeinschaftslebens erstrecken. Nur eines zeichnet das Strafrecht aus: die Interessen, die zum strafrechtlichen Schutz führen, sind nicht unmittelbar aus dem Gesellschaftsleben gewonnen, sondern nur aus dem schon durch die Rechtssätze der anderen Systemgebiete formirten Rechtsleben: denn es ist die Unzulänglichkeit dieser Art der Rechtsabgrenzung, aus der sich die Nothwendigkeit erhöhten Zwanges ergibt¹⁾. Nichtsdestoweniger ist wiederum jedem Strafrechtssatz ein besonders hierzu ausgeprägtes, zu einer besonderen „Norm“ geformtes Interesse untergelegt, und nicht etwa der Rechtssatz des anderen Rechtsgebietes unmittelbar: man mag nun der Normentheorie vollständig folgen oder nicht, das Ergebniss ihrer Betrachtung ist auch wieder: im Staatsstrafrecht sind Einzelinteressen eines als deren Subjekt Betheiligten rechtlich geformt und anerkannt.

Auch daraus, dass die Strafe, welche der Staat anwendet, sich in vielen Punkten scharf abhebt von der Strafe, als deren Rechtsträger der Einzelne erscheint, wird eine grundsätzliche Verschiedenheit der Gebiete beider hergeleitet, sogar soweit, dass beim Civilunrecht von Strafe gar nicht gesprochen wird²⁾. Und allerdings ist die Staatsstrafe ein ganz besonders ausgezeichneter Faktor unseres Rechtslebens, aber diese Besonderheit folgt doch nur wieder aus der Besonderheit der

¹⁾ Für heute muss das wenigstens behauptet werden, wenn es vielleicht auch geschichtlich nicht immer richtig war.

²⁾ Ich kann hier die Darlegungen von Makarewicz a. a. O. S. 44 ff., 51 ff., 196, wonach „Strafe“ nur die „gesellschaftliche Reaktion“ sei gegenüber der individuellen, nicht als richtig anerkennen, wundere mich sogar, wie der Verfasser diese Anschauung aus seinem Material ableiten will.

zu schützenden Interessen, die wegen einer eigenartig ideellen Auffassung auch einer ideellen Auffassung der Strafe bedürfen. Der Charakter aber des Rechtsmittels, das zur Formirung und Abgrenzung eines Interesse dient, kann wohl Besonderheiten in der Ausbildung dieses Verhältnisses mit sich bringen, nie aber die Wesensgrundlage desselben ändern, die sich allein aus dem Stoff des Verhältnisses — dem Interesse — erklärt.

Für die praktische Ausgestaltung des Strafrechts im Deutschen Reiche genügt es uns, hier festzustellen, dass das Reich oder die Bundesstaaten Träger des Strafrechts sind nach verschiedener Abgrenzung ihrer Competenzen ¹⁾).

Als zweiter Theilnehmer am Strafrechtsverhältniss, als zur Strafe verpflichtet tritt uns derjenige entgegen, der in die Interessensphäre des ersten eingegriffen hat. Die rechtmässige Freiheit seines Handelns bildet das von ihm vertretene Interesse. Die natürliche Einfachheit dieser Anschauung ist in letzter Zeit mehrfach verkannt oder wenigstens verdunkelt worden, weniger bei Erörterung des juristischen Begriffes des Strafrechts als bei sozialpolitischen Betrachtungen über die Bekämpfung des Verbrechens und bei Erörterungen über den Strafprozess. Während aus unserer Anschauung ohne weitere Untersuchungen folgt, dass im Strafverfahren das Verhältniss zwischen dem Staat und dem Einzelnen, als dem ein Strafrecht Ansprechenden und dem damit Verfolgten, zur Rechterörterung gelangt, ist neuerdings mehrfach als Gegner des Staates „die Gesellschaft“ auf der Anklagebank erschienen. Wenn Merkel einmal diesem Gedanken Ausdruck verlieh ²⁾), so hat er nur mit vollem Recht darauf hingewiesen, dass der Verbrecher, welcher verfolgt wird, ein Vertreter der Gesellschaft ist, aus der er hervorgeht, und dass wir diese umgestalten müssen, wollen wir jenen Menschen ändern. Nie aber ist „die Gesellschaft“ als solche an dem einen Strafrechtsverhältniss, nie ist sie daher auch an dem einzelnen Straf-

¹⁾ Ueber das Recht prozessualer Verwirklichung siehe § 26.

²⁾ Vergl. Encyklopädie, 797. Siehe auch z. B. „Vergeltungsidee und Zweckgedanke“, S. 45 ff.

verfahren unmittelbar betheiligt. Mag die Erkenntniss und Erforschung der gesellschaftlichen Faktoren im Verbrechen zu mancher Aenderung des Strafwesens führen, mag namentlich auch die Rückwirkung des Ergebnisses im einzelnen Strafverfahrensfall auf die Gesellschaft eine gesteigerte Beachtung erlangen, stets bleibt doch der einzelne Mensch das allein am Strafrechtsverhältniss und bei dessen Verwirklichung betheiligte Rechtssubjekt und wird es auch trotz allem Determinismus, trotz allen Aufgebens der Lehre von der Willensfreiheit für die praktische Behandlung des einzelnen Verbrechens bleiben.

Ortloff freilich ¹⁾ stellt in Anlehnung an einen Gedanken Marcell Frydmann's ²⁾ den Satz auf, im Strafgesetz und im einzelnen Strafprozess treten sich Staat und Gesellschaft gegenüber, und nur hieraus folge die Idee des Anklageprozesses. Ortloff hat bislang und auch im weiteren Verlauf seines Aufsatzes diese Idee nicht durchgeführt: soll „die Gesellschaft“ Darstellung im Rechtsleben gegenüber dem Staat erlangen, so kann das unmöglich durch den einzelnen Strafverfolgten geschehen. Diese Darstellung könnte nur im Staat erfolgen (vergl. Jellinek's „System“) und der Strafverfolgte bleibt reines Objekt eines Verhältnisses, das über ihn zwischen Anderen besteht. Mehrfach lässt allerdings auch Ortloff den Wunsch nach einer officiellen Vertheidigung durchblicken ³⁾. Am eigenartigsten aber hat diesen Gedanken Hugo Meyer ⁴⁾ ausgeführt, dessen Gründe freilich noch weniger stichhaltig erscheinen, als die Ortloffs ⁵⁾, der aber wenigstens juristisch schärfer nicht die unorganisirte, ungreifbare Gesellschaft, sondern den Staat selbst als Gegner im Strafprozess erklärt. Es bleibt aber bei ihm unausgesprochen, ob auch im Strafrecht die Person des Verbrechers als massgebend entfernt werden sollte ⁶⁾. Es bleibt

¹⁾ Gerichtssaal 1892 (47.), S. 282 ff.

²⁾ Vertheidigung, 2. Buch, 7. Kap.

³⁾ Ausgeführt hat er ihn in seinem „Vorverfahren“ 1893, §§ 20—22.

⁴⁾ Die Parteien im Strafprozess 1889.

⁵⁾ Lediglich die „Unritterlichkeit“, S. 10, Abs. 2 — eine andere Begründung finde ich nicht.

⁶⁾ Siehe Löning, Deutsche Literaturzeitung 1890, XI, S. 751/52.

auch unerklärt, warum der Staat die künstliche Konstruktion eines Parteiverfahrens mit sich selbst anwenden muss. — Auch O. Friedmann¹⁾ erklärt, dass auf Seiten des Beschuldigten neben dessen individuellen Interessen öffentliche stünden, welche zur „prozessualen Symmetrie“ von einem officiellen Vertheidiger vertreten werden sollten, der nicht Vertreter des Beschuldigten sei. — Solche öffentliche Interessen concentriren wir aber doch heute im Staatsanwalt, sie bedürfen keineswegs einer besonderen Vertheidigung, namentlich, da wohl noch Niemand sie juristisch fassen kann. Im Angeklagten aber verkörpern sich alle Freiheitsinteressen; von ihm geht daher die Vertheidigung aus; er muss so gestellt sein, dass er auch die öffentlichen Interessen darstellen kann.

Das zeigt, wie wenig klar die Auffassung des Strafrechtsverhältnisses und insbesondere der formalen Bedeutung der Rechtsverhältnisse im Rechtsleben überhaupt noch ist. Strafrecht und Strafprozess stehen in so enger Beziehung, dass nicht willkürlich die Betrachtung des einen von anderen Gesichtspunkten ausgehen darf, wie die des anderen, und namentlich, dass die Rechtsform des materiellen Verhältnisses zur folgerichtigen Ausgestaltung auch bei der Form des Verfahrens zu kommen hat. Die hier vertretene Auffassung dieses Verhältnisses gestattet und verlangt auch die sicherste und strengste selbständige Ausgestaltung der zu formirenden Interessen und der zu schützenden Lebensgüter gemäss der fortschreitenden Erkenntniss der Faktoren unseres Rechtslebens. Sie führt aber auch zur natürlichsten und einfachsten Auffassung des Strafverfahrens und giebt uns leicht einen sicheren Punkt zur einheitlichen Betrachtung seiner Entwicklung.

¹⁾ Grünhut, XVII, S. 56 ff.

Zweiter Theil.

Staatsrechtliche Grundsätze für die Verwirklichung des Strafrechtsverhältnisses.

§ 8.

Das Strafrechtsverhältniss ist zu verwirklichen, d. h. es bedarf der Anerkennung und Durchführung, wie jedes Rechtsverhältniss, es darf nicht nur in der Idee bestehen, sondern dem Rechte gemäss muss das bestimmte Lebensverhältniss thatsächlich geordnet werden. Es hat eine Zeit gegeben, in welcher sich das Strafrecht ohne Zuthun der beiden Theilhaber im Einzelfall selbst verwirklichte: das Verbrechen trug seine Strafe in sich. Doch mussten das natürlich an sich schon Strafarten sein, die nicht durch besondere Thätigkeit des Berechtigten durchgeführt wurden, sondern mehr in der allgemeinen Anerkennung lagen: sie waren möglich und nöthig zu Zeiten, in denen oft eine andere Art der Durchsetzung nicht zu erreichen war; aber wer bürgte für die wirkliche Vollstreckung der Strafe? Auch jene Strafen bedurften irgend welchen menschlichen Thuns zur Realisirung. Heute dürfen wir wohl nicht mehr daran zweifeln, dass der zu Strafen berechtigte handeln muss, soll die Strafe eintreten: unser Gesellschaftsleben bedarf der Klarheit und Sicherheit seiner Formen; unsicheres Recht ist so gut wie kein Recht, und da ideelles Recht in der Welt äusserlichen Verhaltens nicht versichert werden kann, so bedürfen wir äusserlich angewendeten Rechts: hier einer thatsächlich gewordenen Strafe.

Die Aufgabe nun, die Strafe thatsächlich werden zu lassen, fällt vor allem demjenigen zu, dessen sicherer Lebensbestand in erster Reihe durch das Verbrechen berührt wird,

der also das zu sichernde Lebensgut am höchsten rechtlich werthet. Wo wir anerkennen, dass der Staat am tiefsten berührt wird durch die Strafthat, muss ihm als dem Strafrechtstheilnehmer die Verwirklichung zufallen. Da das objektive Recht nicht um seiner selbst willen besteht, sondern um der Lebensgüter willen, deren unendliche Verschiedenheit sich nicht immer in die Schablone pressen lässt, so wird das Leben in erster Linie am besten durch die unmittelbar Beteiligten selbst geregelt, deren Wunsch nach sicherer Ordnung sie schon die möglichst genaue Anwendung der bestehenden Rechtsregeln erstreben lässt.

So kann die Verwirklichung eines Rechtsverhältnisses den Theilhabern nach ihrem freien Ermessen überlassen bleiben; da jedoch die durch das objektive Recht, den Durchschnitt der Rechtsordnung dargestellte voraussichtlich bestmögliche Form der Verhältnisse am meisten anzuwenden ist, und da die Machtverhältnisse der Rechtstheilhaber nicht immer die sichere Anwendung des objektiven Rechts, wie sie die Allgemeinheit wünscht, gewährleisten, so muss die Rechtsgemeinschaft in allen Fällen des objektiven Rechts auch die Möglichkeit seiner Anwendung geben: Sobald die Rechtsverhältnistheilnehmer das objektive Recht nicht sich selbst sicher setzen können, muss ihnen der Staat dazu helfen: Der Staat setzt Gerichte ein zur sichersten Anwendung des objektiven Rechts. Hierin äussert sich das öffentliche Interesse auch an den Privatrechtsverhältnissen.

Wo der Staat die Sorge um die Regelung der Lebensgüter selbst übernommen hat, muss er hiernach an der Verwirklichung derselben zweifach betheiligt sein: als selbst sachlich betroffener und als der, welcher den Weg der Regelung gemäss dem objektiven Recht allein anzugeben und zu sichern hat. Daraus ergibt sich, der Staat muss zweierlei beachten: sein Interesse an dem Lebensgut und sein Interesse an der genauen Regelung des Rechtsweges, womit das Interesse des gegnerischen Betheiligten zusammentrifft. Diese Ausgleichung ist die besondere Aufgabe des Staates im öffentlichen Recht; sie wird auch hier verschieden auszuführen sein

je nach der Art des gewertheten Lebensgutes, insbesondere braucht auf ein staatliches Rechtsverhältniss noch nicht immer sofort die höchstmöglich-garantirte Verwirklichungsart angewendet zu werden (also nicht immer wie im Strafrecht der Prozess). Aber stets muss die Verwirklichungsform die Sicherheit der Anwendung objektiven Rechtes hier so gut gewähren wie da, wo einzelne mit Staatshülfe ihr Verhältniss regeln.

Danach muss auch im Strafrecht der Staat einmal die Durchführung überhaupt regeln, d. h. organisiren, so dass sie gemäss dem objektiven Recht erfolge. Das folgt nur aus der Verbindung des Staats mit dem Strafrecht. Dieses an sich verlangt noch nicht ein besonderes Verwirklichungsmittel gegenüber anderen Rechten. Jede Art der Durchführung des Rechtes durch den Staat ist einheitliche Staatsfunktion, selbst wenn der Staat dabei den Weg geht, den er den einzelnen für ihre Rechtsverhältnisse als besondere Staatshülfe darbietet. Dieser Verwirklichungsmodus, der Prozessgang, aber behält seine Eigenart selbst wenn er im Strafrecht aus besonderen Gründen immer (absolut) angewendet wird. Er bleibt stets besondersartige, beste Garantie der Anwendung objektiven Rechtes. Daher ist er auch für sich besonders zu betrachten: das Interesse des Staates am Prozess überhaupt, der Charakter des Prozesses allgemein bleiben immer gleich, da überall der Prozess besondersartige Staatsfunktion zur Verwirklichung objektiven Rechtes im Einzelverhältniss ist. Daher lässt sich der Prozess als solcher nur getrennt vom Strafrecht verstehen, wenn er auch nichts anderes geworden ist, als einfaches Mittel zur Handhabung des Strafrechts. Dagegen muss er sich der Eigenart des Rechtsverhältnisses, dem er dienen soll, anpassen: ob er anzuwenden ist, wie er beschaffen sein soll, das kann nur aus der Besonderheit des Interesses des Strafrechtsverhältnisses erkannt werden. Daher müssen wir uns dieses ohne Rücksicht auf die Verwirklichung des Rechtes im Prozesse — und das Interesse des Staats am Prozess zuerst getrennt vom Strafrecht klarlegen.

John in der „Strafprozessordnung“, zweiter Band, Seite 104, legt diese Eigenart der Verwirklichung öffentlicher Rechte im

Anschluss an Laband ¹⁾ ganz ähnlich dar; aber der Gegensatz, der hier in die zwei Arten des bürgerlichen und öffentlichen Rechts gelegt wird, scheint mir wenig förderlich. Im bürgerlichen Recht trennt Laband die Ausübung des Rechts und die vom Staate gewährte Form, die Rechtsschutzhülfe. Im öffentlichen Recht (im Strafrecht insbesondere) verbindet er beides und spricht von einer einheitlichen Funktion. Das subjektive Recht und seine Verwirklichung durch den Berechtigten sind nun wohl überall einheitlich, im Civilrecht wie im öffentlichen Recht. Und wenn auch die Handhabung der staatlichen Strafgewalt vollständig einheitlich für den Staat ist, so scheint mir dennoch unumgänglich die Darstellung des subjektiven Rechtsverhältnisses und die Funktion der Verwirklichung hier beim Staate zwei begrifflich getrennte Rechtsbeziehungen zu enthalten, und zwar desshalb, weil das Staatsinteresse im Strafrechtsverhältniss sich unterscheidet von dem Staatsinteresse an der Verwirklichungsform, sobald diese nicht mehr bloss die einfache Art der Rechtsdurchführung durch Willensakte überhaupt, sondern eine zum besonderen Zweck erhöhter Garantie des objektiven Rechts besonders eingerichtete ist. Letzteres Interesse ist wieder dasselbe überall, wo der Staat seine Rechtshülfe hierzu bereit stellt: es ist das Interesse an der möglichsten Sicherheit der Form, an der möglichst genauen und einheitlichen Anwendung des objektiven Rechts. Auf diesem Gebiet liegt an sich kein Unterschied des Zwecks irgend einer Gerichtsbarkeit, er ist derselbe im Civil- wie im öffentlichen Rechte: die sicherste Art der Rechtsverwirklichung zu sein; und daher ist für das Civilrecht vom Standpunkt des Staates wie von dem des Privaten der Rechtsweg eine rechte Verwirklichungsform genau so wie für das Strafrecht: für dieses ist der Prozess Rechtsschutzhülfe, die den zusammenstossenden Interessensphären gewährt wird, genau so wie im Privatrecht ²⁾).

Dagegen geht das Staatsinteresse, das im Strafrecht nach

¹⁾ Ebenso wieder: Staatsrecht, 3. Aufl., 2. Bd., 13. Kap., S. 331 ff.

²⁾ Siehe § 18 ausführlicher.

Verwirklichung seiner Rechtssätze strebt, im Gegensatz zum Interesse des Einzelnen auf Regelung von Beziehungen, welche der Staat im Hinblick auf sein eigenes Bestehen werthet, und im Gegensatz zum Staatsinteresse am staatlichen Rechtsgang nicht auf Verwirklichung des objektiven Rechts und Gewährung des Weges dazu, sondern auf Sicherung einzelner, auf den verschiedensten Gebieten bestimmt bezeichneter Lebensgüter. Wenn bei diesen die Regelung streng nach dem objektiven Recht, nach „Legalität“ erfolgen soll, so kann auch hieraus kein grundsätzlicher Gegensatz für die Verwirklichung gegenüber dem Civilrecht gefunden werden. Denn diese Legalität ist nur ein heute vertheidigter staatsrechtlicher Satz, der die materiellen Grundsätze der Rechtsverwirklichung berührt, der aber auf die Form der Verwirklichung noch nicht einzuwirken braucht, deren Charakter noch nicht verändert, der auch nicht für immer und überall als wahr angenommen zu werden braucht.

So ist das Staatsstrafrecht wohl verschieden vom materiellen Recht des Einzelnen, aber seine Sphäre ist auch begrifflich scharf geschieden von der Rechtsverwirklichung, die der Staat zum Schutz des objektiven Rechtes einführt. Wenn auch Strafrecht und Rechtsverwirklichung beide Staatsfunktionen sind, und daher für beide durch den Charakter des Staates eine gewisse Einheitlichkeit entsteht, so bilden doch materielles Strafrecht und seine Verwirklichungsform zwei verschiedene Begriffe.

§ 9.

Hiernach müssen wir, um die Eigenart der Strafrechtsverwirklichung kennen zu lernen, uns über die formelle Eigenart des Strafrechtsinteresses zuerst unterrichten.

Zwei Interessensekreise treten in Berührung und sind gegen einander abzugrenzen: es ist unserem Denken das natürlichste und erscheint uns als das zweckentsprechendste, dass nicht dritte dies Verhältniss ordnen, sondern die Träger dieser Interessen selbst, wenn sie dazu im Stande sind, an der Regelung theilnehmen, und zwar derart, dass sie das Recht haben,

auf den Gang der Verwirklichung bestimmend einzuwirken. Dass dies ein Rechtsgang sein müsse, d. h. ein die Rechten und Pflichten der Handelnden in gesetzlichen Schranken abgrenzendes Verfahren — nicht ein der Willkür des Einzelnen unterworfenen — braucht wohl nicht besonders hervorgehoben zu werden. Wie aber die beiden Interesseträger auftreten sollen, und hier namentlich wie das Interesse des Staates als des Strafberechtigten dargestellt werden muss, ist heute noch eine vielumstrittene Frage.

Ich brauche nicht mehr besonders zu betonen, dass es sich bei der Frage des Strafprozesses nur um die Interessen des Staates handelt, dass also nicht etwa die Interessen einzelner dabei irgendwie zu berücksichtigen sind, wenn ihnen nicht aus besonderen Gründen das Recht auf Berücksichtigung zugestanden wird. Vor dreissig Jahren wurde noch bei der Scheidung der Principien des Strafverfahrens nach Anklage- und Untersuchungsprincip vielfach der Gedanke verwerthet, dass bei der einen Verfahrensart das Interesse des einzelnen Betroffenen hauptsächlich oder doch nebenbei bedingend wirke, bei der andern rein das Staatsinteresse herrsche, und danach wurde Werth oder Unwerth dieser Grundsätze berechnet. Wir wissen heute, dass bei der Frage nach den Grundsätzen des Strafverfahrens allein das Interesse der Allgemeinheit zu berücksichtigen ist, dass also lediglich zu untersuchen ist, wie dieses Interesse am besten darzustellen ist; und wenn dabei die Interessen Einzelner zur Vertretung gelangen, so ist auch diese Frage aus dem Gesichtspunkt des Gemeininteresses zu betrachten.

Es ist eine Frage von staatsrechtlicher Natur, wie dies Interesse dargestellt wird, da der Staat, wie jeder Organismus, seinen Willen nur durch Organe äussern kann und für diese der Lebensregeln bedarf. Diese Willensäusserung ist Disposition gemäss dem Interesse; der Staat als Interessent muss selbst handeln und verfügen wie jeder andere, wie jeder Private, und wenn er die Verfügung in Regeln bindet, so ist das noch keine Besonderheit des Gebietes, auf welchem sein Interesse ruht, sondern eben nur eine Besonderheit jeder Ge-

meinschaftsorganisation, und nur die Art der Regeln wird besonders sein, je nach der Eigenart des zu regelnden Gebietes. Das ist bei der Darlegung der Grundsätze für das Handeln des Staats auf einem bestimmten Gebiete wohl zu beachten. Wir dürfen die Unterschiede der Grundsätze des staatlichen Handelns auf verschiedenen Gebieten nicht gleichsetzen den Unterschieden zwischen staatlichem Handeln und Interesseverfügung des Einzelnen; denn jenes bedarf von vornherein immer der Regelung, dieses nicht. Der Unterschied zwischen Verfügungen des Staates und der Einzelnen liegt also immer schon in dem Vorhandensein oder Nichtvorhandensein von äusseren Regeln der Willensdarstellung; der Unterschied zwischen Verfügungen des Staates auf verschiedenen Gebieten liegt aber nur in der Verschiedenheit der Art des dabei geäusserten Interesses. Vergleiche ich das Handeln des Staats mit dem eines Einzelnen auf demselben Interessengebiete, so trennt beide an sich nur die Nothwendigkeit der Regelung für jenes, wenn nicht auch das Interesse für beide verschieden ist. Vergleiche ich aber das staatliche Handeln auf dem einen Interessegebiete mit dem Handeln des Einzelnen auf einem anderen Interessengebiete (z. B. Staatsstrafrecht und Privatrecht), so trennt beide nicht nur die Nothwendigkeit der Regelung, sondern auch die Verschiedenheit der Interessen, welche letztere auch vorhanden wäre, wenn ich die Handlungen zweier Einzelnen auf den verschiedenen Gebieten vergliche. Gleich aber bleiben stets die allgemeinen Regeln für Interessehandeln und für die Sicherung seiner Durchführung.

Dieser Gesichtspunkt ist meist nicht klar zum Ausdruck gekommen. Man hat nur direkt zwischen Disposition der Einzelnen und Handeln des Staats auf einem bestimmten Gebiet — also im Strafrecht — unterschieden. Man sprach dort von Disposition gleich willkürlicher Verfügung, hier von Officialverfahren gleich einem in bestimmter Art gebundenen Handeln im Gegensatz zum freien Verfügen der Einzelnen, während im gleichen Gedankengang die Unterschiede verschiedener Möglichkeiten der Regelungen auf dem Gebiete des stets durch Regeln gebundenen staatlichen Disponirens gar nicht aus-

gedrückt wurden. Bei dieser Gedankenrichtung gewöhnte sich die herrschende Meinung daran, den Begriff der Disposition beim staatlichen Handeln ganz ausser Betracht zu lassen, da er als mit „freier Verfügung eines Einzelnen“ gleichwerthig hier nicht zutreffe. Wer aber dennoch von staatlicher Verfügung über das Strafrecht spricht, hat den Nachtheil, dass er seine Ausführungen hierüber gegen eine Lehre richten muss, die ganz andere Gegensätze darstellt.

Ich darf wohl Heinze den hervorragendsten Darsteller der auch heute noch geltenden Dogmatik unseres Strafprozesses nennen, und finde, dass gerade von ihm der Gegensatz so gewählt ist, dass die besondere Art des staatlichen Handelns auf dem Gebiete des Strafrechts der allgemeinen freien Verfügung der Einzelnen gegenübersteht. Heinze ist derjenige, der die Begriffe für die Folgezeit massgebend scharf unterscheidet, indem er die für das Verhältniss des Staates zum Strafrecht geltenden Grundsätze trennt von den Grundsätzen, welche die Form der Verwirklichung eines Rechtsverhältnisses beherrschen, und jene einer genauen Untersuchung unterzieht. Aber erst auf der von ihm geschaffenen Grundlage und mit Hülfe später geschriebener staatsrechtlicher Arbeiten (wozu auch die für die Verwaltungsgerichtsbarkeit geschriebenen Werke zählen), können wir jetzt bei einer einheitlich durchgeführten Gesetzgebung die Trennung und Entwicklung der Grundbegriffe noch genauer vollziehen. Vor zwanzig Jahren war noch mit den verschiedensten gesetzlichen Ausbildungen der strafprozessrechtlichen Grundsätze zu rechnen. Einzelnen praktischen Mängeln sollte abgeholfen werden und dabei traten natürlich die verschiedenartigsten Verbindungen aller möglichen Grundsätze auf, so dass keine Grundidee klar und einheitlich zu erkennen war¹⁾. Die bis dahin geschriebenen Arbeiten waren inmitten der vollsten Entwicklung entstanden; daher finden wir in fast allen jenen Schriften die Begriffe

¹⁾ Vergl. z. B. nur die Zusammenstellung in dem uns hier besonders angehenden Gutachten v. Seckendorff's. II. Deutscher Juristentag. Verhandlungen Bd. 1, S. 175 ff., insbes. § 5, S. 205.

durch einander laufen: die Idee der Durchführung des Strafrechts von Staatswegen wurde mit einer bestimmten Verfahrensart zusammengestellt, die Idee der privaten Verfügung über das Strafrecht jener und natürlich gleichzeitig dieser entgegengesetzt. Selbst wer sich davon frei hielt, hatte immer mit dieser Verbindung zu arbeiten, die weder eine klare Erkenntniss des sachlichen Interessehandelns, noch eine genaue Darstellung des Wesens der Verwirklichungsart ermöglicht.

Nenne ich nur die Arbeiten seit Ortloff's „Strafverfahren in seinen leitenden Grundsätzen und Hauptformen“, 1858, wo sich eine recht gute Darstellung der bisherigen Ansichten und wohl eine Darlegung der damals zu Beginn der literarischen Erörterung über diesen Punkt allgemeineren Ideen findet¹⁾, so neigt zunächst Ortloff selbst am meisten zu Biener's Idee vom privatrechtlichen und politischen Princip²⁾. Er trennt Officialmaxime im Strafprozess, d. h. Durchführung der Rechtspflege von Amtswegen und zu Folge einer Strafpflicht (§ 25, S. 68), von Dispositionsmaxime, der Maxime privatrechtlicher Willkür. Dieser entspricht das contradiktorische, jener das inquisitorische Verfahren; der Officialmaxime ist aber die Form eine Nothwendigkeit, trotz der Schwierigkeit der Durchführung³⁾.

¹⁾ Siehe Glaser, Handbuch des Strafprozesses, I, § 16, I, S. 162, V, S. 178 u. Anm. 12.

²⁾ A. a. O. S. 25. Biener (Abhandlungen, II, 1848 u. Gerichtssaal 1855, I, S. 408 ff.) hat einen noch jetzt zu bemerkenden Einfluss geübt (vergl. nur Glaser, Handbuch, § 4 u. Kries); seine Darlegungen über politisches und privatrechtliches Princip und über die Form der Verwirklichung haben aber einen ganz anderen Hintergrund als Ortloff's Auffassungen. Doch führt auch bei ihm die geschichtliche Betrachtung der Verbindung von staatlicher Verfolgung und richterlicher Untersuchung zu einer verkehrten engen Auffassung der ersteren. Siehe z. B. Gerichtssaal a. a. O. S. 427—429. Ich kann mich nicht enthalten, darauf hinzuweisen, dass ohne die Kenntniss der Biener'schen richtigen und falschen Ideen die Ansichten unserer Zeit kaum voll verstanden werden können. Siehe Ortloff im Archiv für öffentliches Recht, XII, S. 85 ff.

³⁾ Ortloff's Gedankengang ist mir unverständlich. Vergl. a. a. O. S. 103 ff., 108. Seine Ansicht über diesen Punkt siehe auch in seinem

Hier sehen wir schon den richtigen Unterschied zwischen staatsrechtlichen und prozessrechtlichen Grundsätzen angedeutet, aber zugleich wieder dadurch verwischt, dass Ortloff Anklageprincip von Anklageform loslöst und jenes mit der Dispositionsmaxime als nothwendig verbunden und natürlich als der Officialmaxime widersprechend bezeichnet, während die Anklageform ganz besonderer Betrachtung unterliegt.

Bei Dalcke¹⁾, Sundelin²⁾ und Stemann³⁾ findet sich ziemlich übereinstimmend die Begriffsbestimmung: Untersuchungsmaxime = Verfolgen der Verbrechen von Staats- und Pflichtwegen und Erstreben materieller Wahrheit; Anklagemaxime = Verfahren mit privater Disposition und formeller Wahrheit. Ebenso, und wohl der damals herrschenden Ansicht folgend, vermengt offenbar v. Seckendorff die zwei Gebiete⁴⁾. Glaser unterschied stets zwischen staatsrechtlichen und prozessrechtlichen Grundsätzen. Die Unterschiede zwischen Opportunität und Legalität⁵⁾ auf der einen Seite als staatsrechtliche Sätze, zwischen prozessualem Anklagegrundsatz und Inquisitionsprincip anderseits⁶⁾ hält er streng auseinander. Ebenso hatte schon vorher unter anderen Planck die prozessualen und die politischen Grundsätze, Anklageprincip und Untersuchungsmaxime einerseits, anderseits das Princip der aktiven Theilnahme des Staats an der Verbrechensverfolgung unterschieden⁷⁾, und damit einen für später massgebenden Gesichtspunkt auf-

„Vorverfahren der deutschen Strafprozessordnung“, Giessen 1893, S. 26, Anm. 2, wo Richtiges mit Unrichtigem gemengt erscheint.

¹⁾ Goltdammer's Archiv, VII, 1859, S. 734 ff., ebenso VIII, 1860, S. 145, XIV, 1866, S. 15.

²⁾ „Die Staatsanwaltschaft in Deutschland“, 1860.

³⁾ Goltdammer's Archiv, VIII, 1860, S. 141.

⁴⁾ Verhandlungen des II. Deutschen Juristentags 1861, Bd. 1, S. 175 ff., 206.

⁵⁾ Das Princip der Strafverfolgung, A. 1860, B. 1861. Kleinere Schriften, I, S. 427 ff.

⁶⁾ Zur Reform des Strafprozesses 1863, ebenda Bd. 2, S. 83.

⁷⁾ Systematische Darstellung des Deutschen Strafverfahrens 1857, §§ 11, 12, S. 34; §§ 13, 51, 60.

gestellt. Auch Zachariae¹⁾ schied streng die drei Gegensätze: Princip der materiellen und formellen Wahrheit, die Official- und die von Privatwillkür abhängige Rechtsverfolgung, Untersuchungs- und die Verhandlungsmaxime. Aber ausser Glaser legt keiner die staatsrechtlichen Grundsätze klar. Bei diesem allein wird auf die Frage, wie denn der Staat über sein Strafrecht verfügen solle, so eingegangen, dass die Grundsätze hierfür genau und ohne Rücksicht auf selbständige Nebenfragen entwickelt werden. Jedoch wie diese Erörterung angeregt war durch einen Artikel der Deutschen Vierteljahrsschrift²⁾, in welchem der Verfasser das Recht des Privaten, des Einzelverletzten auf eigene Strafverfolgung behauptet, dagegen das Recht des Staates auf Verfolgung in allen Fällen angegriffen hatte, so bewegte sich die Diskussion auch hier meist auf dem Gebiete der Gegensätze zwischen reiner Staatsverfolgung und Verfolgung durch Staat und Einzelnen³⁾. Nur von hier aus wurde untersucht, welche Grundsätze für den Staat gelten könnten, wenn er als Strafberechtigter auftritt, obwohl v. Schwarze darauf hinwies, dass begrifflich diese Frage mit jener nach der Berechtigung des Einzelnen zur Strafverfolgung nicht zusammenhänge⁴⁾. Da aber hierbei die Frage nach der Stellung des Staates bei der Strafverfolgung als eine staatsrechtliche — oder eine damals sogen. politische — von der Frage nach der prozessualen Stellung gelöst war, so erfuhr sie hier auch eine selbständige, eingehendere Untersuchung, wenn auch immer in Verbindung mit der anderen, wie sich der Staat zu dem Einzelbetroffenen stellen müsse⁵⁾. So behandelte sie später auch

¹⁾ Handbuch des Deutschen Strafprozesses, 1. Bd., 1860, § 11, S. 40 ff.

²⁾ 1859, 22. Jahrg., 3. Heft, S. 71. Siehe auch ebenda 1860, XXIII, 2. Heft, S. 250.

³⁾ v. Gross in „Die Strafrechtspflege in Deutschland“, III, 1860, S. 133, 385. I. Deutscher Juristentag 1860. Verhandlungen, S. 246 ff. II. 1861, Bd. 1, S. 131 (v. Gross), 175 (v. Seckendorff), 241 (Schwarze); Bd. II, Verhandlungen. Auch hier ging der Lewald'sche Antrag von der Frage der Privatklage aus.

⁴⁾ II. Deutscher Juristentag 1861, Bd. II, S. 330.

⁵⁾ Vergl. v. Holtzendorff, Die Umgestaltung der Staatsanwaltschaft 1865, IV, S. 15.

Gneist in seinen „Vier Fragen“¹⁾ und ebenso kam beim Entwurf der Strafprozessordnung die Frage immer in Verbindung mit der Frage nach den Rechten des Einzelnen neben denen des Staates zur Sprache²⁾. Aber begrifflich war noch keineswegs Klarheit darüber, dass die Grundsätze des Prozesses unabhängig von denen der staatsrechtlichen Frage der Stellung des Staates und seiner Organe im Strafrecht seien, wie das die Darlegungen des I. Entwurfs unserer Strafprozessordnung in den Motiven zu §§ 131 und 132 und seine viel zu enge und unklare Auffassung vom Wesen des Anklageprozesses³⁾ zeigen. Ebenso war die Unklarheit fast allgemein darin ausgesprochen, dass man bei der Erörterung des Wesens des prozessualen Parteibegriffs von dem Gebiete des Staatsrechts ausging und deduzierte: da die Staatsanwaltschaft als Organ des strafverfolgenden Staates nicht einseitig sein darf, so ist sie nicht Partei: es schwebte den meisten wohl noch die Idee vor, der Staatsanwalt sei lediglich Gesetzeswächter.

§ 10.

All dem Bisherigen gegenüber stellt Heinze⁴⁾ die Grundsätze getrennt auf, indem er materielles Dispositionsprincip als den Grundsatz der freien rechtsgültigen Verfügung über den Bestand des Rechts ausser und in dem Prozess, Officialprincip als den Grundsatz des Verbotes jener Verfügung bezeichnete; jenes fand er im Civilrecht, dieses im Strafrecht, wo mit einer „rechtlichen Grösse“ zu rechnen sei, wo sogar ein kategorischer Anspruch auf Verwirklichung des Rechts bestehe, also dem Staate die absolute Rechtspflicht der Verwirklichung aufliege. Wird diesem „Legalitäts“princip das Opportunitätsprincip für die Handlungen des Staates gegenübergestellt, so ist das ganz etwas anderes als das Princip der materiellen Disposition des

¹⁾ 1874, S. 4; I, S. 16 ff. — Beim XII. Juristentag wurde diese Frage nicht berührt.

²⁾ Vergl. neuestens Ortloff's Aufsatz. Grünhut's Zeitschr., XXIII, 1896, p. 1.

³⁾ Ausgabe, k. Ober-Hofbuchdruckerei 1873, S. 103, 110—112, 115.

⁴⁾ Insbesondere Goltdammer's Archiv, XXIV, 1876, S. 265 ff.

Privatmannes, welches freie Willkür bedeutet, während das Staatsorgan stets durch das öffentliche Interesse gebunden einer bestimmten Norm folgen muss. Für den Vollzug nun, nach welchem doch beide Rechtsarten streben, findet das Civilrecht einen Weg durch den Willen, d. h. eben durch die freie Verfügung der individuell Betheiligten. Der Vollzug des Strafrechts aber ist nicht auf diesen Weg gewiesen und unabhängig von solcher Einwirkung; auf civilistischer Seite steht ein Recht zur Verfügung der Berechtigten, auf criminalistischer ist eine Pflicht des Staates anerkannt. So anerkennt das materielle Dispositionsprincip auch das sachliche Verfügungsrecht der Prozessparteien, in deren Händen Angriff und Vertheidigung liegen: die Akkusationsform ist hier also nothwendig. Dagegen besteht eine Verwandtschaft zwischen Officialprincip und Inquisitionsform, d. h. derjenigen Gestaltung des Strafverfahrens, welche grundsätzlich das Recht der prozessualen Verfügung ganz und ausschliesslich dem Richter überträgt, so dass nur dieser als ein Rechtssubjekt erscheint, welches mit selbständigen innerhalb seiner Amtspflicht nach freier Entschliessung zu übenden prozessualen Pflichten ausgestattet ist. Diese Form erscheint als die natürlichere, wenn man das Dispositionsrecht des Angeschuldigten und das des Anklägers streicht, während hier die Anklageform spröde erscheint, da bei ihr die Prozessverfügungen des Anklägers pflichtmässig gebunden sein müssen.

Den Untersuchungen Heinze's, die hier in ihrem Ergebnisse, soweit es unseren Punkt berührt, dargestellt sind, lagen nach meiner Anschauung mehrere Hindernisse im Wege: einmal die von den Früheren ganz bestimmt geformten wissenschaftlichen Ansichten und die gesetzlichen Ausbildungen der Grundsätze, sodann der Umstand, dass die Grundsätze für die Stellung des Staates im Strafrecht vom Strafprozess aus formulirt und festgestellt waren, so dass die Betrachtung auch auf dieser Linie vorgehen musste und die Verbindung der zwei Gebiete schwer lösen konnte. Dazu kommt bei dem Verfasser eine tief ausgebildete, schon von vorneherein den Gedankengang nothwendig beherrschende Anschauung über

das Wesen der Strafe, welche dem Strafrecht eine durchaus eigenartige Stellung geben musste. Aus dieser Anschauung und aus der Wahl des Gegensatzes zwischen Privatdisposition und Staatshandeln ergiebt sich: Den am Strafrecht als Interessenten beteiligten wird jeder Einfluss auf die Gestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen ihnen abgesprochen; es erscheint also die Verfahrensform, bei der den beiden selbständig erscheinenden Interessenten die geringste freie Verfügung möglich ist, als die naturgemässe.

Wird aber jedes freie Handeln des Staates auf dem Gebiete des Strafrechts als beseitigt erklärt, wozu eine Generation, die der Willkür des Untersuchungsprozesses ein Ende zu machen hatte, von vorneherein besonders geneigt war, so verschwindet die Erkenntniss, dass doch irgendwie und durch irgendwen zur Verwirklichung des Strafrechts gehandelt werden müsse. Wird weiter der Richter als der einzige hingestellt, der durch prozessuale Verfügungen das Strafrecht formell gestaltet, während doch jede Willensverfügung über das Verhältniss ausgeschlossen erscheint, so tritt die Erkenntniss nicht hervor, dass der Richter, über dem ausser dem Gesetze keine gebietende Macht steht, der auch nicht durch die von ihm unabhängigen Prozessparteien gebunden werden kann, nothwendig selbst völlig frei verfügender und damit wieder der Vertreter des Staates als Strafverfolger gegen den Angeklagten wird, wie er es im alten Inquisitionsprozess war. Doch ist darauf hinzuweisen, dass auch bei Heinze der Grundsatz strengsten Ausschlusses jeder Willensverfügung aus praktischen Erwägungen stark erschüttert erscheint, wenn auch diese Ausnahmen die Grundanschauung unberührt lassen sollen. — Es wird hier ausgegangen von den Gegensätzen, die zwischen Civilverfahrensart und Strafverfahren in der Praxis erscheinen, zwischen diesen Grundsätzen und denjenigen, die für das materielle Recht aufgestellt sind, eine begriffliche Verbindung hergestellt und danach die Erkenntniss, dass im Strafrecht die freie Willkür ausgeschlossen sein soll, verwerthet, um ein Verfahren zu beseitigen, das wie das Civilverfahren diese Art materieller Disposition Seitens der Interessenten durch Partei-

handlungen zulässt. Wird dem gegenüber das Verfahren, in welchem nicht frei disponirende Prozessparteien auftreten, als das für das Strafrecht richtige hingestellt, so scheint damit überhaupt die Willkür der Strafrechtsinteressenten beseitigt. Jedoch nicht durch Beiseiteschieben derjenigen Prozessart, in welcher bisher das freie Verfügungsrecht der Interessenten in den Parteirechten zum Ausdruck kam, wird das strafrechtliche Princip pflichtmässiger Verwirklichung gesichert, denn die Willkür hängt nicht mit den Verfügungen der Parteien zusammen, sondern mit dem Auftreten der materiellen Interessenten. Hierfür aber die der Eigenart ihrer Interessen entsprechenden Grundsätze zu finden, wird immer schwerer, je weniger man die sachlichen Rechtsbeziehungen von der Form ihrer Verwirklichung trennt. Es müssen nach Heinze's Anschauung lediglich Zweckmässigkeitsgründe für die prozessualen Einrichtungen gelten. Zu dieser Gestaltung neigten schon die praktisch Denkenden und die Fortgeschrittensten der sechziger Jahre: sie lösten „aus Zweckmässigkeit“ die Verfolgung vom Richteramt. Freilich damals protestirten sie mit Recht gegen eine principielle Begründung der Selbständigkeit der Strafverfolgungsbehörde, da man diese lediglich als Organ gerichtsherrlicher Aufsicht über die Gerichte hinstellte¹⁾. Dass bei diesen Gründen dann die sachlichen Beziehungen nicht immer den ihnen gebührenden Ausdruck finden, zeigt wohl die aus einem ähnlichen Gedankengang heraus entstandene Deutsche Strafprozessordnung: die auf ihre Grundlage gestellten Arbeiten über das Gebiet der staatlichen Strafverfolgung können nicht von einer in der Prozessordnung klar durchgeführten Grundansicht ausgehen, sondern zeigen die gleiche Verschiedenheit der Auffassungen, wie sie zu Zeiten der mehreren Gesetzgebungen bestand: Nur hat die Zeit eine grössere Klärung gebracht und gerade die allseitig für nicht folgerichtig angelegt erklärte Prozessordnung hat das Streben nach theo-

¹⁾ Zum Beleg vergl. nur IV. Deutscher Juristentag 1863, Bd. 1, S. 19 (Ruhwandl), V. Deutscher Juristentag 1864. Verhandlungen, Bd. 1, S. 118 (v. Freydorf), insbesondere S. 145 ff.; Bd. 2, S. 210 und 70 ff. (Planck). Näheres hierüber siehe unten §§ 25, 26.

retischer wie praktischer Entwicklung der als richtig aufgefassten, meist sachlich übereinstimmend dargelegten Grundgedanken einheitlicher gestaltet. Hierbei mag es uns nützlich sein in Verfolgung des von mir gewählten Gedankenganges zur Darlegung der für die staatliche Strafverfolgung geltenden Grundsätze soweit möglich abzusehen von den Formen ihrer Verwirklichung, da ja diese Grundsätze aus den sachlichen Interessen herauszuholen sind und für diese zu gelten haben. Und wenn auch diese Interessen keineswegs gleichartig aufgefasst werden: für den Stand unserer Gesetzgebung, der uns allein massgebend sein kann, sind sie doch erkennbar.

§ 11.

Sehen wir nun zu, welche Grundsätze für das staatliche Handeln auf dem Gebiete des Strafrechts heute im Deutschen Reiche als herrschend zu bezeichnen sein werden, so finden wir folgende:

1. den Grundsatz der Officialität: es ist Staatssache, das Strafrecht zur Verwirklichung zu bringen; dies darf nicht der Willkür der Einzelnen überlassen bleiben;

2. den Grundsatz der Legalität: es darf das Unrecht nicht nach Opportunität verfolgt und bestraft, sondern es muss streng nach dem Gesetz vorgegangen werden;

3. den der materiellen (historischen) Wahrheit: die Strafrechtsinteressenten können das Rechtsverhältniss nur so zur Verwirklichung bringen, wie es sich durch das Verbrechen gestaltet hat; weitere Willenseinwirkung auf die Gestaltung ist ausgeschlossen;

4. den der Prozessmässigkeit: das Strafrecht darf nur im Prozesse verwirklicht werden;

5. den der Organisation der Rechtshandhabung im Strafrecht: die Verwirklichung im Prozesse bedarf einer dementsprechenden selbständigen Organisierung der Interessen sowohl wie der Rechtsprechung.

Man sieht leicht, die auch sonst aufgestellten Grundsätze kehren alle wieder, nur werden sie in anderer Gruppierung gebracht und rein vom Strafrechtsverhältniss her entwickelt.

Ich gebrauche dabei scheinbar einige Ausdrücke anders, als die gemeine Meinung, — es wird sich ergeben, dass ich das nur in der Art der Entwicklung der Gedanken thue. Ich übergehe die Sätze ganz allgemeiner Natur, die oft zahlreich genug für das Strafrecht aufgestellt werden und für alles Recht gleicherweise gelten. Ich führe anderseits viele Einzelgrundsätze auf die fünf obigen zurück, oder wenn ich das nicht ausdrücklich ausführe, so lassen sich alle Einzelsätze leicht in obige Gruppen einordnen. Die Gruppen gehen zum Theil in einander über: Gründe der Darstellung nöthigen ebenso zu einer Trennung, wie auch die Erkenntniss, dass trotz Annäherung und Verwandtschaft zweier Gruppen dieselben doch selbständige Gedankenentwicklung besitzen. Das Ergebniss unserer Betrachtung wird sein: Nach der Anschauung unserer Wissenschaft und Praxis soll ein das staatliche Verfolgungsinteresse darstellendes Staatsorgan als Partei im Strafverfahren selbständig bestimmend verfügen können. Dahin strebt unsere bisherige Entwicklung, aber die Ausführung im Einzelnen ist dem nicht gefolgt, wie besonders im dritten Theile zu zeigen sein wird. Ich lege auf diese auf Grundsätze gebaute Anschauung besonders deswegen Gewicht, weil sich mit ihr Zweckmässigkeitsgründe derart verbinden, dass eine gleichmässige Weiterführung der als richtig erkannten Ideen in bestimmter Richtung möglich wird, was da, wo nur Zweckmässigkeitsrücksichten für den Ausbau gelten, kaum immer möglich sein dürfte. Die hier aufgestellten Grundsätze sind gerade so gut aus dem praktischen Leben geholt wie jene Zweckgründe. In dem von mir bezeichneten Erfolg meiner Anschauung liegt der praktische Werth meiner Arbeit. Doch scheint mir gefährlich, Grundsätze theoretisch zu tief legen zu wollen; der Erfolg ist der, dass die praktische Ausbildung des Systems den Anschauungen unseres Lebens nicht mehr entspricht; ein Fehler, den ich bei Friedmann's geistvoller Arbeit in Grünhut's Z. XVII, 1890 an manchen Punkten zu bemerken glaube.

§ 12.

Dass der Staat ein Interesse an der Verbrechensverfolgung hat, ist lange erkannt, doch möchte es ein werthvoller Beitrag zur Geschichte der Entwicklung des Staatsgedankens sein, der Idee, in wie weit der Staat die Verbrechen zu verfolgen habe, in den einzelnen Zeitepochen nachzuforschen. Wenn wir heute dem Staat die Besorgung dieser Angelegenheit übertragen, da der Staat das Vorhandensein des Verbrechens mit Rücksicht auf sein eigenes Bestehen werthen muss, so verlangen wir hierfür einen Ausdruck dieses Gedankens, der uns den Gegensatz der staatlichen Besorgung gegenüber der privaten Verfolgung kennzeichnet: wir reden daher von Officialprincip, und drücken damit aus, dass Verbrechensverfolgung ein Staatsamt ist. Die Wahrheit ist so allgemein ausgedrückt trivial und doch wichtig, da sie uns das richtige Verhältniss der Begriffe aufdeckt.

Einmal sehen wir, dass in dieser Allgemeinheit der Gegensatz gegen den Grundsatz des Einzelhandelns zu formuliren ist, wie wir das schon oben in anderem Zusammenhange auseinandersetzen: der Einzelne verfolgt nach seinen Rücksichten, er disponirt frei über sein Recht; der durch Organe dargestellte Staat disponirt nach Regeln des Amtes, die eine Pflicht bedeuten, da der Träger des Amtes sich nach den allgemeinen Interessen richten muss. Natürlich ist dieser Gegensatz auf der Seite des Staates weiter ausgebildet gemäss der Eigenart des besonders zu vertretenden Gebietes: Aber viele Sätze für das staatliche Handeln folgen ganz allgemein aus dem Grundsatz der amtspflichtmässigen Rechtsvertretung ohne Rücksicht auf die besondere zum Theil verschieden aufgefasste Ausbildung dieses Grundsatzes. Diese Principien werden dann nur verdunkelt dadurch, dass sie auf einem Gebiete erörtert werden, das bestritten, mindestens noch nicht genügend geklärt ist (insbesondere hier, indem der eine von Legalität, der andere von Opportunität ausgeht), und die Gemeinsamkeit der Rechtssätze dieses Gebietes mit denen anderer Gebiete staatlichen oder privaten Handelns wird durch die schroffere

Sonderausbildung der Grundsätze schwerer erkannt und weniger benutzt.

Hierbei ist auch zu beachten, dass für die Ausübung staatlichen Strafrechts allgemeine besondere Grundsätze gelten, welche auf die Frage, ob gewisse Thatbestände als strafbar anzusehen seien, und welche philosophischen und criminalpolitischen Anschauungen im Strafgesetz zum Ausdruck gelangen sollten, Antwort geben. Diese Grundsätze geben uns Auskunft darüber, wie weit das Strafrecht den anderen Rechtsgebieten folgen solle, wie weit dem einzelnen Betroffenen Verfolgungsrechte zuzugestehen seien, ob Besserungs-, Abschreckungs- oder Sicherungsstrafe anzuwenden sei; sie beherrschen das gesammte staatliche Handeln, schon die Strafgesetzgebung; sie sind nicht identisch mit den Grundsätzen, welche für die Staatsanwaltschaft als Strafverfolgungsorgan gelten und mit diesen nicht zu verwechseln, wenn auch leicht verwechselbar. Ihre Ausbildung ist Sache der Strafrechtsphilosophie; sie sind historisch derart ausgebildet, dass sie trotz ihres wesentlichen Einflusses auf die Rechtsverwirklichung hier nicht in Betracht gezogen werden können. Wichtig ist nur die Constatirung des Satzes, dass unter diesem Gesichtspunkt allein die Frage zu erörtern ist, wie weit die sogenannte Strafpflicht des Staates überhaupt gehe, und dass auch diese Frage mit jener, wie weit die Verfolgungspflicht des staatlichen Verfolgungsorganes reiche, nicht identisch ist ¹⁾).

Sodann ist nach diesem ganz allgemeinen Grundsatz der Officialität die Frage zu erörtern, durch welche Organisation das staatliche Strafrecht zu verwirklichen und in wie weit es den Interessen der Einzelnen an der Verfolgung Raum geben solle. Auch hierfür kommt es nicht darauf an, welche besonderen Grundsätze das Handeln des Staatsorganes beherrschen; vielmehr ist ohne Rücksicht hierauf zu erwägen, ob dem Staatsinteresse auf diesem Gebiete jeweilen durch die schon vorhandenen Aemter genügt werden könne oder ob ein besonderes Organ für die Strafverfolgung einzusetzen sei, sowie in welchem

¹⁾ Siehe darüber Binding, Normen, 2. Aufl., I, §§ 2—4.

Umfang der Einzelne an der Bethätigung des allgemeinen Interesses betheiligt und wie weit endlich der Einzelne neben das Staatsinteresse sein eigenes Interesse zu setzen berechtigt sei. Allerdings wird die Antwort hier, vielleicht mit Ausnahme der letzten Frage, wieder mit beeinflusst von der verschiedenen Stellung, die der Erörternde zu der besonderen Art der Ausübung strafrechtlicher Officialthätigkeit einnimmt: so wird auf die Frage nach der Nothwendigkeit eines besonderen Strafverfolgungsorganes die Ansicht, ob Legalität, ob Opportunität herrschen müsse, leicht dahin einwirken, dass der eine die strenge Gesetzmässigkeit, der andere die strafrechtliche Zweckmässigkeit besser von einem Sonderorgan gewahrt glaubt. Aendern sich aber hierüber die Ansichten oder gehen sie auseinander, so bleibt im Untergrund doch noch der Satz der Officialthätigkeit bestehen und auf seiner Grundlage wird die Diskussion über obige Fragen gleichmässig fortschreiten.

Ich werde diese Erkenntniss bei der Darlegung der Frage der Organisation unten (§§ 25 ff.) verwerthen, und will hier nur darauf hinweisen, dass die Erörterung der weiteren Frage, wie der Private zur Strafrechtsverfolgung steht, auf die Beantwortung der Frage nach der Stellung des verfolgenden Organismus im Ganzen nicht einwirkt: Sowohl wenn wir dem Privaten das Recht geben, dass er das Staatsinteresse vertritt an Stelle eines ständigen Organes, als auch, wenn er sein Eigeninteresse neben dem Staatsinteresse zur Geltung bringt — immer haben wir ein Staatsorgan, dessen allgemeine staatsrechtliche Stellung und dessen Stellung bei der Verwirklichung des Strafrechts dieselbe bleibt.

Auch bei der wichtigsten Frage, welche Bedeutung die Officialthätigkeit des Staates für die Gestaltung der Verwirklichung des Strafrechts habe, ist von vorneherein lediglich zu beachten, dass der Staat selbst handelt, und abzusehen von der besonderen Regel, die er für die Art seines Handelns aufstellt. Erst wenn uns jene Bedeutung klar liegt, werden wir prüfen können, welchen Einfluss die besondere Ausbildung der Staatsthätigkeit als Legalität oder Opportunität auf die Ge-

staltung des Prozesses ausübt. — Die Strafverfolgung des Einzelnen geht auf Rache oder Entschädigung seines Verlustes: hier wird der dem Zweck entsprechende rechtlich erlaubte Weg je nach Gutdünken ausgesucht; die Strafe des Staates nimmt mit Rücksicht auf das öffentliche Interesse natürlich einen anderen Charakter an, und der diesem Zweck entsprechende Rechtsweg wird ebenfalls das öffentliche Interesse berücksichtigen müssen. Er muss natürlich die Strafe so, wie sie gerade die Zeit auffasst, voll zu erreichen ermöglichen; dazu gehört, dass viele Rücksichten auf den Thäter, andere auf die Allgemeinheit genommen werden, die der Einzelne nicht zu kennen braucht, die aber der Staatsstrafe entsprechen.

Daraus ergibt sich nun, einmal, dass der Weg, den der Staat im Strafrecht geht, nicht zu allen Zeiten absolut der gleiche sein kann, wenn wir ganz absehen von den Mitteln, die jeweilen dem Staat hier zur Verfügung stehen. Die Auffassung der Strafe bedingt die Besonderheit ihrer Verwirklichung. Ist die Strafe Reaktion der getroffenen Gesamtheit analog der des verletzten Privatmannes, so wehrt sich der Staat wie dieser; hilft der Staat lediglich dem Privaten, dass er zu seinem Recht komme, so folgt er auch dem Weg, den dieser geht; ist die Strafe etwas Göttliches, so wird die Art der Verwirklichung religiöser Ideen nicht entbehren. Wir werden diesen Charakter gerade bei dem ehemaligen Untersuchungsprozess, der aus geistlichem Kreise hervorgegangen war, zu dessen Zeit man noch mehr, wie wir das heute gewohnt sind, religiöse Ideen mit staatsrechtlichen vereinigte, nicht übersehen dürfen: der etwas mystische Zug, der in den geistlichen Inquisitionsgerichten extrem hervortrat, der im Beweisrecht lebte, das Entrücken des Richters aus der Sphäre weltlich strenger Ordnung, und überhaupt schon der Gedanke, dass der Richter, den man in den philosophischen Schriften auch heute noch gern über das gewöhnliche Lebensmaass hinaussetzt, allein berechtigt sein könne, das Strafrecht zu handhaben, das sind alles Ideen, die mit der religiösen Begründung der Strafe eng verbunden sind. Und ich darf wohl

darauf hinweisen, dass ein reines Utilitätsprincip der Verbrechensverfolgung, insbesondere die Gründung derselben auf rein naturwissenschaftlicher Basis, zu ganz anderen Prozessarten wird leiten müssen, als wir sie heute haben ¹⁾).

Daher ist zweitens die Zusammenstellung der Officialthätigkeit mit einem bestimmten, nur hier verwerthbaren, hier aber auch nothwendig massgebenden Grundsatz des Verfahrens nur insofern als richtig anzuerkennen, als der Officialthätigkeit schon eine bestimmte Sondermeinung unterlegt wird: Staatsverfolgung an sich kann nur negativ nicht alle Wege der Privatverfolgung gehen: welchen Weg aber, das hängt ganz von den Anschauungen einer bestimmten Zeit ab. Deswegen stehen auch alle Folgerungen, die aus der Natur des Officialprincips für die Prozessart gezogen werden, auf nicht ganz sicheren Füßen.

§ 13.

Heute noch besteht ohne Zweifel mehr oder weniger der von Biener im 2. Heft seiner Abhandlungen klassisch dargelegte Gedanke, dass dem Officialprincip die Untersuchungsmethode im Prozess recht eigentlich entspreche, wonach der Richter als einziger sachlicher Vertreter des staatlichen Strafrechts frei von materiellen Einschränkungen durch Parteien in eigener Erforschung des Thatbestandes allein gegen den Beschuldigten das Strafrecht verwirklicht; unserer Prozessordnung liegt er jedenfalls zum Grunde, während er in unserer Wissenschaft stets mehr und mehr an Boden verliert.

Die Motive zum I. Entwurf einer deutschen Strafprozessordnung führen insbesondere bei den dortigen §§ 131, 132 die öffentlich-rechtliche Natur der Strafsache als Grund dafür an, dass der Richter hier freier, ungebundener stehen müsse als im Civilprozess, dass die Parteianträge nicht bindend sein könnten (II. Buch, 3. Abschnitt) und sagen, dass im Princip die Stellung des Richters heute dieselbe sei wie früher.

Dass Heinze Officialgrundsatz und Inquisition in enge Beziehung bringt, habe ich schon oben (§ 10) dargelegt. Auch

¹⁾ Vergl. A. Schultze, Privatrecht und Prozess 1883, Vorrede.

in seinem Aufsätze im Gerichtssaal 1876. XXVIII, S. 561 ff. wird der Unterschied der Prozessarten auf den inneren Unterschied zwischen Civil- und Strafrecht, wie er im Dispositions- und Officialprincip erscheine, zurückgeführt. Und in der Abhandlung im Archiv von 1876, insbesondere bei Nr. V wird dies von ihm im Einzelnen ausgeführt, indem rein inquisitorische Grundsätze des Prozesses auf das Officialprincip aufgebaut, durch dieses als nothwendig begründet bezeichnet werden: die ganze Ansicht über den Unterschied von Grundsatz und Form des Prozesses, von der Natur der Klage, der Klagänderung, der Rechtskraft des Urtheils ist auf die innere Verwandtschaft des staatsrechtlichen und des prozessualen Principes aufgebaut (siehe auch Nr. IX daselbst).

Aehnlich stellt John in Holtzendorff's Encyklopädie die herrschende Meinung dar, indem er sagt, dass wegen der Erforschung materieller Wahrheit jedem Strafprozess die Untersuchungsmaxime zu Grunde liege¹⁾. Jedoch wird hier dieser Begriff nicht näher erläutert: nur scheint mir der Zusammenhang zu ergeben, dass John die amtsmässige Erforschung der Wahrheit meinte. Was freilich hiermit gewonnen ist, kann ich nicht sehen, wenn nicht eben wieder die allerdings von John selbst abgewiesene Idee hereinspielt, dass diese Untersuchungsmaxime mit dem alten Untersuchungsverfahren innerlich verwandt sei.

Ganz ähnliche Gedanken kehren bei Laband und O. Mayer wieder: es wird bei ihnen aus der Natur des Strafrechts gefolgert, dass der Staat im Strafverfahren nicht ein dem bürgerlichen Prozess ähnliches Gebilde schaffen dürfe²⁾.

Es wird hierbei stets mit der Officialthätigkeit eine Verwirklichungsart zusammengestellt, die von vorneherein so bestimmt ist, dass sie sich wesentlich von der Verwirklichungsart des Rechts, welche wir heute im Civilrecht als Prozess ansehen, unterscheidet, indem sie den Betheiligten durchaus andersartige Thätigkeiten zuweist. Im Strafrecht kann also

¹⁾ Erster Theil, 5. Aufl., 1890, S. 967 ff., § 5.

²⁾ Siehe unter § 18 das Nähere.

der Richter nie die interesselose Stellung einnehmen wie im Civilrecht; alle Begriffe sind für beide Gebiete besonders zu entwickeln; eine Einheit des Rechtsprozesses besteht nur in allgemeinstem Umfang. Wenn ich nun auch die Besonderheit eines Prozesses bei staatlichen Rechtsverhältnissen voll auf anerkenne, so halte ich doch diesen Ansichten gegenüber an der inneren Gleichheit des ganzen Prozessrechts fest und sehe gerade in der gleichartigen Ausbildung dieses ganzen Gebietes einen wesentlichen Fortschritt unserer Zeit. —

Woher kommt aber jene Zusammenstellung der zwei Principien in unserer Zeit? Ich habe von einem Grund: dem Streben, jede freie Willkür in der Rechtsverfügung zu verbannen, schon oben (§§ 9, 10) gesprochen. Es hängt diese Idee mit jener, dass im Staatsstrafrecht die Pflicht das Wesentliche sei, aufs Engste zusammen, wobei nicht erklärt wird, warum nur der Richter in seinem Handeln diese Pflicht genügend wahren könne, ebenso wie materielle Wahrheit oder Legalität, die mit der Officialthätigkeit zusammengefügt werden, doch nicht nothwendig das Handeln nichtrichterlicher Beamter ausschliessen, wie es ja im Verwaltungsrechte, wo diese Grundsätze ähnlich herrschen, keineswegs verbannt ist. Jedoch ist es zu verstehen, dass man auf einem so ungemein wichtigen Gebiete wie dem des Strafrechts leicht dazu neigt, einem Richter die Handhabung des Rechts anzuvertrauen, worauf die geschichtliche Entwicklung des Verfahrens vereint mit dem Gedanken, dass es sich hier um eine besondere Sühne handle, noch eher hinweist. Ebenso muss der Gedanke, dass subjektives Strafrecht gleich dem objektiven Recht sei, welches der Richter von jeher zu handhaben berufen ist, und überhaupt, dass das Staatsinteresse am Strafrecht gleich dem Staatsinteresse am objektiven Recht sei, dazu führen, den Richter nicht nur als den nach der Entwicklung der Geschichte, sondern als nach dem Wesen der Sache allein zur Strafrechtshandhabung Berufenen anzusehen. Ohne Zweifel stärkte die Erkenntniss, dass die Staatsanwaltschaft, d. h. das Organ, welchem man an Stelle des Richters die Strafrechtsverfügung geben wollte, in ihrer anfänglichen Ausbildung

leicht Missbräuchen Raum gewährte, jenen Gedanken. Und dazu kam noch die durchaus richtige Idee, dass der Staat, der sein Recht zur Geltung bringen will, stets untersuchend dazu die Grundlage schaffen muss: Diese Thätigkeit schien aber doch am besten dem überlassen, der sie schon von jeher versehen hatte, eben dem Richter, dessen Untersuchung man durch verschiedene neue Einrichtungen unbefangener und doch weniger der Willkür ausgesetzt gestaltet hatte. —

Dieser Richtung gegenüber wird doch von den neueren Prozesslehrern nicht mehr mit der Officialthätigkeit eine bestimmte, ganz selbständige Verfahrensart verbunden: Geyer¹⁾ und Ullmann²⁾ sehen davon völlig ab, freilich kommt bei ihnen der Gegensatz zu dem bislang als richtig gehaltenen Princip des Verfahrens etwas stark und einseitig zur Geltung. Friedmann in seiner eingehenden Darlegung der Theorie des Anklageprozesses³⁾ steht auf dem gleichen Standpunkt.

Während aber hier immer noch der Gegensatz von Untersuchungsprincip und Anklageprincip insofern als das Massgebende behandelt wird, dass das eine oder andere der zwei als nothwendig die staatliche Strafthätigkeit beherrschend erscheint, machen sich andere neue Darstellungen des Prozesses von diesem Gesichtspunkt frei, und zwar in verschiedener Art.

Allen voran steht wohl, was geistreiche Klarheit und Fülle der Ideen anlangt, Glaser⁴⁾, dessen Darlegung der Grundsätze für die nächste Folge wohl noch mehr als bisher unsere Forschung beschäftigen wird. Es ist nach ihm vor Allem nicht richtig, dass man aus der Unzulässigkeit der freien Disposition über das Rechtsverhältniss das oberste Princip

¹⁾ Lehrbuch 1880, § 3, § 98, S. 416 und anderswo.

²⁾ Deutscher Strafprozess, § 5 und S. 34.

³⁾ Grünhut's Z. 1890, XVII, S. 41 ff., insbesondere § 2, Anm. 14, S. 79, Anm. 16, S. 81. — Bennecke in seinem Lehrbuch behandelt diesen Punkt sehr oberflächlich.

⁴⁾ Handbuch, I, 1883, insbesondere §§ 3, 4; II, 1885, § 71 und anderswo. Ich läugne nicht, dass die Ansicht gewisse Richtigkeit hat, wonach es Glaser an der exakt dogmatischen Präzision fehlt: dafür steht er mit praktischer Kenntniss und geistreicher Gedankenfülle vor Anderen.

des Strafprozesses ableitet, hiernach die Stellung des Richters bemisst; es ist ebenso irrig, auf den in der Geschichte allerdings wichtigen Gegensatz zwischen Inquisitions- und Akkusationsverfahren allein die Gestaltung des Strafprozesses zu bauen und diesen Gegensatz auf die Anerkennung oder Verläugnung der öffentlich-rechtlichen Natur des Strafrechtes zurückzuführen. Diese Gestaltungen, historisch geworden, sind überhaupt der Vermittlung fähig und bringen lediglich den Gegensatz zwischen freier Forschung und juristischer Regelung zum Ausdruck. Die Nothwendigkeit des Strafprozesses überhaupt folgt für Glaser vielmehr nur aus der Nothwendigkeit, dass die absolute Rechtmässigkeit der Strafgewalt gesichert werde, also aus der Art des Interesses im Strafrecht selbst. Der Prozess aber wieder verlangt selbständige Parteien nur wegen der nothwendigen Unparteilichkeit des Richters: seine Natur und Gestaltung erklärt sich also nicht aus dem Strafrecht selbst, sondern aus seinem Zweck der Rechtsfestsetzung¹⁾.

Damit ist die Verbindung zwischen der Natur des Strafrechtes und einer bestimmten geschichtlichen Art des Verfahrens gebrochen und die Forschung darauf hingewiesen, einmal aus der Geschichte das Wesen unseres Prozesses zu erkennen und danach frei von dem Zwang nur geschichtlich richtiger, nicht einmal die ganze Gestaltung beherrschender Verfahrensgrundsätze die Verwirklichung des Strafrechts auszugestalten.

Auch v. Kries²⁾ trennt die prozessualen Grundsätze völlig von der staatsrechtlichen Grundlage. Er nennt überhaupt kein einheitliches Princip des staatlichen Strafrechts, aus dem eine bestimmte Verfahrensform nothwendig folgen müsste, insbesondere verbindet er nicht mit einem solchen das Anklage- oder Untersuchungsverfahren. Einfach aus den gesetzlichen Bestimmungen folgt ihm das Princip materieller Wahrheit, wonach der Richter rein historisch den Thatbestand

¹⁾ Ich untersuche hier nicht, wieweit Glaser's eigene Folgerungen aus dem obersten Zweck des Strafrechts richtig sind. Siehe Handbuch, I, S. 11 ff.

²⁾ Lehrbuch des Deutschen Strafprozessrechts 1892, §§ 37—39 und Zeitschr. f. Strafr., IX, S. 1 ff.

erforschen soll, wie er sich vorfinden lässt, und darauf baut sich allerdings nothwendig eine bestimmte Eigenart des Prozesses auf. Wenn wir diese nun auch nicht vollkommen anzunehmen brauchen, so ist doch erkennbar, dass aus dem staatlichen Strafrecht als solchem noch nicht eine bestimmte Verfahrensart folgt.

Noch anders aber geht John vor ¹⁾, dessen Ansicht sich freilich nur schwer aus den vielen kritischen Einzelheiten seines Kommentars herausfinden lässt. Er nennt „Strafprozess“ die Handhabung der Strafgewalt, verbunden mit allem demjenigen, was zu dem Zwecke geschieht, um festzustellen, ob die Voraussetzungen zur Vollstreckung einer Strafe vorhanden sind; das ist also nicht bloss das Verfahren vor den Strafgerichten, sondern auch schon die Thätigkeit des Staatsanwaltes. Zum Einschreiten der Staatsgewalt gegen das Verbrechen, zum „Strafprozess“ ist begrifflich ein Gericht überhaupt nicht nothwendig. Nur Zweckmässigkeitsgründe, die heute von staatsrechtlich sehr hoher Bedeutung sind, führen dazu, dass der Staat die Verurtheilung eines Beschuldigten von einem Gerichtsspruch abhängig machen muss, was aber wieder die Mitwirkung der Justizverwaltung durchaus nicht überflüssig macht. Wie aber die Geschäfte zwischen der Justizverwaltung und den Gerichten vertheilt sind, das ist wieder rein Zweckmässigkeitssache; nur muss der Natur der Sache nach der Gerichtsschutz den Beschuldigten unter gewissen Umständen unbedingt gewährt werden. In diesem Verfahren ist aber der Staat eine Partei, da er nicht einseitig sein kann, so dass eine innere Uebereinstimmung des Civil- und des Strafprozesses unmöglich ist.

Es folgt also für John aus dem Officialprincip, aus der Oeffentlichkeit der Strafsache noch nichts für das Strafverfahren, als dass ein Parteiprozess nicht möglich ist, während doch zur gerechten Entscheidung über Anwendung des Rechts anderseits ein Gerichtsspruch zur Verurtheilung nöthig ist.

¹⁾ Strafprozessordnung f. d. Deutsche Reich, 2. Bd., 1888, S. 112, 118/19, 124, 125/26, 162, 167, 168, 186, 188, 202 ff.

Dabei führen staatsrechtliche Zweckmässigkeitsgründe zu einer Berücksichtigung der Interessen des Staates und des Beschuldigten, aus welcher sich je nach den Zeitanschauungen ein verschiedenartiges Zusammenwirken der Strafrechtsverwaltung und der unabhängigen Gerichte ergeben muss.

Diese Loslösung der Ideen von der bisherigen Anschauung, schon früher vorbereitet, aber nie so energisch vollzogen, mag ihre positive Ausführung nun richtig sein oder nicht, ist unzweifelhaft von grosser Bedeutung. Wir werden auf diesem auch von mir schon oben als richtig bezeichneten Weg später selbst weiter schreiten. Doch muss unser Ergebniss deswegen ein grundsätzlich anderes werden, weil wir das Strafrechtsverhältniss und das Wesen unseres Prozesses anders auffassen, als John das thut.

§ 14¹⁾.

Wenn uns hier ein erster Grundsatz rein staatsrechtlichen Charakters entgegentrat, so ist auch der zweite Grundsatz, der das Handeln des staatlichen Verfolgungsorgans beherrscht, ein staatsrechtlicher.

Der Staat muss überall seinen Beamten Regeln für ihr Handeln vorschreiben; jedes Staatsorgan handelt pflichtmässig. Doch ist die Schranke der Pflicht verschieden bestimmt je nach der Art des Kreises, in dem die Beamten thätig sind. Für das staatliche Strafrecht nun schreibt unser Deutsches Reichsrecht den Beamten, welche das Strafrecht zur Verwirklichung bringen sollen, vor, dass sie verpflichtet sind, wegen aller gerichtlich strafbaren und verfolgbaren Handlungen einzuschreiten, — mit wenig Einschränkungen. Zweckmässigkeits-erwägungen finden also hier keinen Raum: es herrscht das „Legalitätsprincip“.

Natürlich kann von einem solchen da nicht die Rede sein, wo ein Richter die Strafverfolgung in Händen hat: es liegt im Wesen des Gerichtsbegriffes, dass hier der freie Wille ausgeschlossen ist: das Gericht stellt unweigerlich das Recht

¹⁾ Siehe auch § 27.

da fest, wo es Unrecht findet. So hätte auch im früheren Strafprozeß das Gericht überall zugreifen müssen, wo es von einem Unrecht erfuhr: aber zur Zeit des Inquisitionsprozesses hatte der Staat andere Ansichten, als wir sie vertreten: die Regierung, die sich auf die Gerichte genügenden Einfluss sicherte, wollte auch nicht in der Pflicht oder dem Recht der Verfolgung gebunden sein, so dass sich mit dem alten Inquisitionsverfahren die freie Willkür des Handelns wesentlich verband. Erst mit dem Aufkommen neuer Staatstheorien, die eine erkennbare Gewissheit staatlichen Handelns verlangten, und als zugleich ein Organ geschaffen wurde, dessen Thätigkeit anderen Erwägungen als richterlichen Raum geben konnte, musste die Frage zur Erörterung kommen, nach welchen Regeln diese Thätigkeit geübt werden solle. Es wird darauf hingewiesen¹⁾, dass gerade die eifrigsten Fürsprecher eines vom Richteramte losgelösten selbständigen Verfolgungsorganes hervorhoben, dass ein solches viel eher Zweckmässigkeitsgründe in Betracht ziehen könne, als der verfolgende Richter: gewiss war dabei von jenen Vertheidigern der Staatsanwaltschaft weniger daran gedacht, dass nicht strenge Gesetzmässigkeit das Handeln dieses Organs beherrschen solle, als nur daran, dass es eben dem Richterbegriff widerstrebe, wenn der Richter die nothwendigen vom Willen abhängigen Zweckhandlungen vornehme, die zur Verbrechensverfolgung nun einmal in der Praxis vonnöthen sind, und die eine gewisse Abhängigkeit der Verfolgung von der Verwaltung, eine Einwirkung dieser zur Folge hat, wie wir sie mit dem Richteramt für unvereinbar halten. An den strengen Gegensatz des Legalitätsprinzips und des ihm gegenübergestellten Opportunitätsprinzips war bei jenen Erwägungen offenbar nicht gedacht; dieser Gegensatz wurde überhaupt erst allmählich wissenschaftlich ausgebildet²⁾, als die Staatsanwaltschaft eingeführt wurde. Man musste dabei natürlich völlig andere Wege einschlagen, als wenn es sich um gerichtliche Verfolgung gehandelt hätte, für welche

¹⁾ v. Kries, Lehrbuch, § 38, S. 266, Anm. 1.

²⁾ Siehe Mittermaier, Gerichtssaal, X, 1858, S. 291. Glaser, Handbuch, I, § 20, S. 218.

andere Grundsätze massgebend sein müssten, für welche nicht Verwaltungsmassregeln in Betracht kommen könnten. Es handelte sich darum, die möglichst energische Vertretung der strafrechtlich geschützten Interessen zu gewähren, andererseits aber, wozu die Zeitanschauungen besonders und mit Recht drängten, Willkür der Staatsorgane im einzelnen Fall zu Gunsten oder Ungunsten des Beschuldigten möglichst auszuschliessen. Da man einmal dem neugeschaffenen Verfolgungsorgan, das noch dazu meist völlig abhängig unter dem politischen Ministerium stand, vielfach mit Misstrauen begegnete, so musste die freiere Richtung, welche die Energie dieser Behörde durch grössere Freiheit der Bewegung kräftigen wollte, welche ausserdem durch möglichste Betonung der parteiartigen Stellung dieser Behörde dem hochgehaltenen Princip des Anklageverfahrens dienen mochte, weniger Anklang finden. Andererseits verband sich das aus dem alten Verfahren richteramtlicher Verfolgung vollkommen irrigerweise herausgezogene Princip, dass die Strafverfolgung nur den Regeln der Richterthätigkeit unterliegen dürfe, mit dem der Regierungspolitik jedenfalls recht sympathischen Gedanken, dass der neugeschaffene Staatsanwalt „Gesetzeswächter“ sei: so war es kein Wunder, dass Praktiker und sehr idealgesinnte Theoretiker dem Grundsatz der Zweckmässigkeitsgründe ausschliessenden Legalität gleich zugethan waren, zumal sich die Regierung von jeher als letzte massgebende Verfolgungsinstanz einen Einfluss auch auf die strengste Legalität zu wahren gewusst hatte und der conservative Rechtssinn in dieser Art der Einrichtung ein Gegengewicht gegen die schlimmen Folgen des neuen Anklageverfahrens sah. Wenn sich derart die verschiedensten Strebungen zur Befürwortung dieses Grundsatzes trafen, so half noch die in verschiedenster Ausbildung herrschende Idee, dass das Strafrecht absolut und ohne Nebenrücksichten auf andere Interessen zu verwirklichen sei.

Die Geschichte des nach all diesen Erwägungen erst spät in unsere Strafprozessordnung eingefügten Legalitätsprincips ist bekannt; ebenso dass heute dasselbe unangefochten bei uns herrscht; und wer mit Aufmerksamkeit die verschieden-

sten Auslegungen des Gesetzes über die Legalität vergleicht, findet für das praktische Ergebniss kaum irgendwelche Verschiedenheit der Ansichten, wie er auch bei einiger Kenntniss der Praxis selbst die weitestgehende Möglichkeit des durchaus gesetzlichen Waltens von Zweckmässigkeitsgründen findet. Wir dürfen daher wohl annehmen, dass auch für die Folgezeit das Legalitätsprincip gelten wird, wenn es auch sicher von seiner theoretischen Schärfe viel verlieren muss. Auch hier aber mag bemerkt werden, dass die Anhänger des Satzes der Zweckstrafe erst noch theoretisch sich mit diesem Grundsatz abfinden, ihn jedenfalls erheblich umgestalten müssen ¹⁾ ²⁾.

Wir müssen daran festhalten, dass der Satz der Legalität nicht ein solcher des materiellen Strafrechtes überhaupt ist, der uns über dessen Natur unterrichtete, ob dieses absolut oder relativ ist, wenn man auch zugeben muss, dass mit einer absoluten Strafrechtstheorie das Opportunitätsprincip nie harmonirt. Der Satz schreibt vielmehr nur dem das Strafrecht handhabenden Staatsorgan vor, wie es vorzugehen habe. Legalität kann auch bei relativen Strafrechtstheorien bestehen; sie verändert ihre wesentliche Bedeutung, wenn der Private zur principalen Handhabung des Strafrechts herangezogen wird; sie ist nicht ein Satz, welcher für den Richter in Betracht kommt, der ja in allen Fällen durch „richterliche Legalität“ gebunden ist; sie bindet auch nicht die übrigen Staatsorgane, die nicht staatsanwaltschaftlich sind. Daher ist sie auch nicht aus der Natur des Strafrechts zu erklären ³⁾, sondern hat ihren Grund in staatsrechtlichen Er-

¹⁾ E. Schiffer, Amtsrichter, Der neueste Entwurf zur Reform des Strafverfahrens, Kattowitz, O.-S., 1896, S. 10 ff., sieht in der Erweiterung des Privatklageverfahrens eine erfreuliche Abschwächung des Legalitätsprincips, „dieser Hochburg des Doktrinarismus“. — Was er mit diesem Begriff meint, sagt er nicht.

²⁾ Vergl. auch R. Schmidt, Die Aufgaben der Strafrechtspflege, S. 134 ff.

³⁾ Siehe auch Binding, Grünhut's Z., IV, S. 430. Dahingegen Heinze, G.-Archiv, XXIV, S. 265 ff., Nr. IV.

wägungen, zu denen freilich wieder das Wesen des Strafrechts theilweise Veranlassung giebt. Das Strafrecht ist wie jedes Recht Schutz, Ordnung der Verhältnisse, nur erhöhter Schutz; das ist der Gegensatz zum Civilrecht; aber er allein führt nicht zur Legalität. Das Staatsstrafrecht ist Schutz staatlicher, allgemeiner Verhältnisse, nicht der rein privaten Interessen. Staatsrecht allein hat auch nicht Legalität zur Folge, sonst müsste diese auch für die Verwaltung gelten. Es muss also der Charakter der Erhöhung des Schutzes öffentlicher Interessen, d. h. also praktisch die staatliche Uebernahme des Strafrechts, der Grund der Legalität sein: Das Strafmittel geben wir durch das Gesetz dem Staate nur für besonders wichtige Fälle, nur da, wo wir eines besonderen Schutzes bedürfen; es ist daher leicht erklärlich, dass man einmal alle vom Gesetze vorgesehenen Fälle für wichtig genug zum Einschreiten hält, dass aber auch jeder Fall so behandelt werde, wie es der Staat als Gesetzgeber festsetzte, da er hier schon alles für und wider des nothwendigen Schutzes erwogen hat; in dieser Form hat bei derlei wichtigen Fällen die Allgemeinheit ihren Willen so bestimmt wie möglich erklärt: sie selbst hat verfügt; bei der Umsetzung des Gesetzesgedankens in das Leben will sie sich den höchsten Einfluss wahren: daher die Bestimmtheit der Strafgesetze ein wesentlicher Faktor bei der Legalität. Hier liegt also der Grund der Legalität, die im Strafrecht stets nothwendig sein wird, die namentlich ein nothwendiges Correlat des Anklagemonopoles der Staatsanwaltschaft bietet, die aber nie der schroffen Ausbildung fähig ist, wie sie ihr noch vielfach in der Theorie heute gegeben wird¹⁾. Da das Gesetz streng zur Anwendung kommen muss, so bedarf es selbst der Elasticität: es ermöglicht daher die Milderung seiner Starrheit durch Erweiterung der Strafrahmen, durch Setzung von Bedingungen für die Verurtheilung, durch die Möglichkeit der Gnade u. dgl., da es ja nicht alle Modalitäten des Lebens im voraus absolut sicher treffen kann, und unzweifelhaft wird auch eine genauere

¹⁾ v. Kries, Lehrbuch, § 38.

Erkenntniss des Verbrechens, nach der unsere Zeit strebt, auch das Princip der Legalität durch das materielle Strafrecht verändern.

Die Legalität ist also lediglich ein staatsrechtlicher Satz, der das Handeln der Staatsanwaltschaft bestimmt, und sie ist ferner kein Satz, der für die Behandlung des Strafrechts durch den Staat überhaupt gilt: nicht wird die ganze Disposition des Staates über die Strafe durch „Legalität“ bestimmt, sondern nur die viel engere Verfügung der Staatsanwaltschaft für den einzelnen Fall. Das Gegentheil zu sagen wäre ein grosser Irrthum und völliges Verkennen der Bedeutung dieses Begriffes. Schon das zeigt, dass er das Wesen der Verwirklichungsart des Strafrechts, des Strafprozesses, noch nicht zu beeinflussen braucht, dass er nicht den wesentlichen Unterschied zwischen Strafprozess und Civilprozess bedingen kann, dass er nicht die prozessuale Stellung des Staatsanwalts berühren muss, wenn er auch auf dessen Handlungen in Bezug auf den Prozess wesentlich einwirkt.

Wenn Binding, einer vielvertretenen Auffassung besonders scharfen Ausdruck gebend, sagt¹⁾, dass im Strafrecht das Recht nur die Kehrseite einer Pflicht, und der Prozess nur geordnete Pflichtenverfolgung sei, dass dementsprechend das Materialprincip des Prozesses das Officialprincip sei und hierin der wahre Gegensatz gegen den Civilprozess liege, und dass hiernach die Stellung der Prozessbetheiligten wesentlich bedingt werde, — so äussert er einen viel weitergehenden Gedanken als den hier ausgedrückten, und stellt einen Grundsatz auf, der für den Staat überhaupt, für die Criminalpolitik allgemein massgebend ist, so wie ich davon in § 12 sprach. Er spricht von dem Wesen des Staatsstrafrechtes, das als Grund der Legalität angeführt wird, allgemein, nicht bloss von der Legalität, als einer besonderen Folge hieraus.

Im Officialprincip sieht er die absolute oder bedingte Strafpflicht des Staates: aus ihr lässt er neben der Legalität

¹⁾ Strafpflicht und Strafrecht, Grünhut's Z., VI, S. 219. Vergl. Normen, I (2. Aufl.), §§ 2—4.

noch andere staatsrechtliche und prozessuale Sätze folgen. Inwieweit dieser Charakter des Staatsstrafrechtes, dass der Staat überhaupt, nicht bloss ein Organ im einem engeren Kreis die Pflicht zur Verfolgung des Unrechts habe (der nicht gleich unserem Officialprincip steht), den Prozess in seinem Wesen beeinflusst, müssen wir bei der Besprechung der einzelnen prozessualen Sätze erkennen. Die Legalität der Staatsanwaltschaft allein bedingt jedenfalls noch keine solche Besonderheiten des Prozesses. Sie braucht ihren Grund gar nicht in der absoluten oder relativen Strafpflicht des Staates zu haben: sie besteht unabhängig von deren Behauptung. Diese Pflicht müsste zur Popularklage nothwendig neben der Staatsanwaltschaft führen, welche allein Sicherheit dafür bietet, dass möglichst gar kein Verbrecher der Gerechtigkeit entgehe¹⁾, sie muss jede Zweckmässigkeitserwägung auch der nichtstaatsanwaltschaftlichen Beamten auf dem Gebiete der Strafverfolgung ausschliessen. Aber sehr wohl kann die Staatsanwaltschaft durch Legalität gebunden sein, und doch im materiellen Strafrecht und sonst im Staatsrecht die Strafpflicht sehr starken Beschränkungen unterliegen. Da freilich die Staatsanwaltschaft die Behörde ist, in der der Staat als Strafverfolger hervortritt, so scheint die Legalität jener die Strafpflicht des Staates überhaupt darzustellen, also diese eine absolute zu sein, die keine Opportunitätsrücksichten kennt. Doch verfügt der Staat über das Strafrecht sehr entscheidend auch im Gesetze und in vielen Beziehungen auch durch Organe, die von der Staatsanwaltschaft unabhängig oder nicht allein abhängig sind, und wenn Legalität der Staatsanwaltschaft die

¹⁾ John (a. a. O., S. 60—63) bringt die Privatklage derart in Verbindung mit dem Opportunitäts- und Legalitätsprincip, dass daraus die Ansicht hervortritt: die zwei Grundsätze sollten nicht nur Verhaltensmassregeln zum Ausschluss der Willkür der Staatsanwaltschaft sein, sondern zugleich die allgemeine Richtschnur der staatlichen Thätigkeit im Strafrecht bilden. Daher verträgt sich nach John mit dem ersten Grundsatz die Privatklage weniger als mit dem zweiten. Das wäre also Erweiterung des Legalitätsprincips zum Grundsatz materieller Strafpflicht. Vergl. umgekehrt unten am Ende dieses Paragraphen.

nothwendige Folge der Strafpflicht des Staates ist, so ist der Schluss umgekehrt doch gar nicht zulässig.

Eben wegen dieser beschränkten Bedeutung des Legalitätsprincipes ist es auch nicht nöthig, dass es auf den Strafprozess wesentlich einwirke: die Regel des § 152 unserer Prozessordnung hat nirgendwo allgemeine Besonderheiten für den Prozess zur Folge ausser der Vorschrift des § 170, die aber auch wieder nirgends die prozessuale Ausbildung beeinflusst. Wenn des weiteren in dem Verbot des Rücktrittes von der erhobenen Klage eine Folge des Legalitätsprincipes gefunden wird, so ist das wohl irrig: wie die Legalität vor Klagerhebung den Staatsanwalt vom Richter wesentlich unabhängig bleiben lässt, so könnte er das auch während des Prozesses sein; es ist dies Verbot vielmehr ein aus dem französischen Recht übernommener, dort ganz anders zu erklärender Satz, welcher im Grund nur das Hängen an dem Gedanken richterlicher Inquisition kundgiebt und nun zugleich die Legalität soll wahren helfen¹⁾.

Die Garantien des Principes der Legalität als die Folgen seiner Nichtbeachtung sollen und müssen vielmehr staatsrechtliche sein, sind wohl wesentlich in einer Popular- oder Privatklage enthalten, da auch die vielgerühmte Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft sie kaum genügend bieten kann, und dürfen nicht im Prozess liegen, soll nicht der Richter wieder auf die Strafverfolgung übergreifen. Natürlich müssen sie dennoch, da der Prozess die einzige Art der Strafverwirklichung heute ist, sich auf diesen beziehen. Heute liegt der Schutz zum Theil im Prozess selbst; ob das einen Einfluss auf die Natur der Prozessstellung der Staatsanwaltschaft übt, müssen wir später untersuchen²⁾. Hier mag nur noch eine Bemerkung mit Bezug auf die Garantien des Principes Platz finden:

Bierling sagt³⁾: die Strafpflicht sei ein Theil, ein Ausdruck des einen einzigen Strafrechtsverhältnisses; dieses be-

¹⁾ Vergl. John, Strafprozessordnung, Bd. II, S. 65.

²⁾ Siehe §§ 32 ff.

³⁾ Zeitschrift für die gesammte Strafrechtsw., X, S. 281.

ziehe sich nicht bloss auf Staat und Thäter, sondern auch auf Staat und alle Rechtsgenossen, welche einen Rechtsanspruch auf Bestrafung des Thäters durch den Staat haben; hieraus folge Str.Pr.O. §§ 169, 170 ff. Das scheint mir irrig: ganz abgesehen davon, ob die Strafpflicht des Staates ein Theil des Strafrechtsverhältnisses ist, ist es doch mehr wie zweifelhaft, dass die Strafpflicht ein Rechtsverhältniss zwischen Staat und allen Rechtsgenossen entstehen lasse. Die Sicherungen solcher Staatspflichten liegen meist nicht in der Hand der Angehörigen der allgemeinsten, unbestimmten Rechtsgenossenschaft, und warum eben dann nur „der Verletzte“ aus dieser Zahl genommen ist, kann nicht erklärt werden: Diese Compromissbestimmung der genannten Paragraphen verfolgt den viel engeren Zweck, dem nicht ganz wegzuschaffenden Interesse des Verletzten eine Berücksichtigung — freilich recht schwache — zu verschaffen, und damit allerdings eine geringe Garantie der Strafverfolgungspflicht der Staatsanwaltschaft, nicht der Strafpflicht des Staates herzustellen.

Sehen wir zum Schluss, in welchem Zusammenhang dieser Grundsatz mit unseren anderen staatsrechtlichen Sätzen steht, so finden wir in ihm die besondere Ausführung des Gedankens der Officialthätigkeit, die statt dessen auch dem Zweckerwägen grösseren Raum lassen könnte. Hier ist er ein nothwendiges Correlat des staatlichen Anklagemonopoles, da es eine kaum erträgliche Härte werden könnte, wenn der Staat nach Belieben gewisse Interessenkreise von dem Strafschutz seiner Gesetze ausschliessen dürfte. Er kann auf dem Gebiete privater Strafrechtsausübung keinen vollen rechtlichen Gleichwerth haben, denn er ist als staatsrechtlicher nur anwendbar, soweit Staatsorgane in Betracht kommen: er kann bei der Privattheilnahme am Strafrecht also nur eine Aehnlichkeit haben, soweit dieser die Thätigkeit eines Staatsorganes zur Seite tritt. Und wenn auch sein tiefster Grund in dem Wesen des Strafrechts ohne Rücksicht auf dessen Verbindung mit dem Staat ruht: rechtlich kann dieses das Privathandeln nicht bestimmen. Mit dem Satz materieller Wahrheit hat dieses Princip gemeinsam, dass beide die Handlungen der

Verfolgungsbehörde von vornherein festlegen für die Anwendung der Rechtssätze wie für die Festsetzung des Thatbestandes. So fließen beide aus dem gleichen Gedanken: Ausschluss der Willkür der Beamten wegen der Bedeutung der Strafe; jedoch der Legalität steht ein correlater Grundsatz für die Richterthätigkeit nicht entgegen, während die materielle Wahrheit auf die Stellung des Richters unverkennbaren Einfluss übt und auf die des Beschuldigten. Beide Sätze können sehr wohl getrennt von einander, selbständig bestehen. — Endlich ist die Nothwendigkeit des Prozessganges die sicherste Garantie dafür, dass nur nach dem Gesetz verfahren werde; also findet auch der Gedanke von der Wichtigkeit des Strafrechts, der in der Legalität zum Ausdruck kommt, seine höchste Gewähr im Prozess: doch kann der eine Satz sehr wohl ohne den anderen angenommen werden, während die Ausbildung des Prozesses ganz unabhängig von der Legalität bleibt¹⁾.

§ 15.

Haben wir bisher die staatsrechtliche Frage erörtert, wie weit der Staat, bzw. die Staatsanwaltschaft das Verbrechen

¹⁾ Neuestens hat Ortloff wiederum einen Aufsatz veröffentlicht: „Gesetzes- oder Interessenherrschaft (Legalitäts- oder Opportunitätsprincip) im Strafverfahren“ (Archiv für öffentliches Recht, XII, 1896, S. 83 ff.). Er stellt dabei, wie schon früher, Interessenherrschaft gegen Gesetzesherrschaft (S. 90) und sieht in jener einen Verderb für die Strafrechtspflege. Ich kann diesen Gegensatz nicht für begründet halten, namentlich wie er S. 111, § 6 ausgedrückt ist, und glaube, dass Ortloff ein Legalitätsprincip vertheidigt, das von Niemanden angegriffen wird. Das zeigt sich schon darin, dass er sagt, es gelte nicht nur für die Strafrechtspflege, sondern überall trete der Gegensatz von Opportunitäts- und Legalitätsprincip auf (S. 104 f.). Es scheint mir durchaus überflüssig, den Richter noch besonders vor Richten nach Opportunität zu warnen, während es ebenso verkehrt sein muss, von ihm zu verlangen, dass er alle Vernunftücksichten beiseite setze: Das zeigt auch wieder die irrige Richtung Ortloff's in der Definition von „Interessenherrschaft“. Auch der Satz § 4, S. 102, dass das Legalitätsprincip die Unterlassung einer Strafverfolgung wolle, wo das Gesetz sie nicht gebietet, d. h. wo es nicht anwendbar erscheint, ist überflüssig, denn das Gegentheil verlangt kein Opportunitätsprincip.

verfolgen müsse, so werden wir nun den Grundsatz besprechen müssen, der für die Feststellung der Grundlage der Rechtsverwirklichung massgebend ist.

Unsere Theorie stellt hierfür übereinstimmend den Satz auf, es müsse materielle oder historische Wahrheit gelten, d. h. es solle das Verbrechen so wie es begangen wurde, nicht nur so wie es sich nach formell festgeordneten und schon durch ihre Form massgebenden Verhandlungen darstellt, die Grundlage der Verurtheilung zu Strafe sein. Diese Idee ist freilich wie alle wichtigsten Grundideen nicht unmittelbar im Gesetz ausgedrückt, aber sie ist der Inhalt des materiellen Strafrechts, und als Wille des Gesetzgebers ausgesprochen und aus den Bestimmungen des Gesetzes zu entnehmen. Ein solcher Satz muss nothwendig die Art der Erforschung des Verbrechensthatbestandes beeinflussen, also die Prozessart bestimmen. Dadurch unterscheidet er sich wesentlich von den zwei ersterörterten Grundsätzen.

Als sein Gegensatz wird das Princip formeller Wahrheit aufgestellt, womit dann gesagt wird, dass die Rechtsverhältniss-theilnehmer durch ihre formelle Verfügung die Grundlage ihres Rechtsverhältnisses beeinflussen — den Richter hieran binden können, — ein Satz, der nur für den Civilprozess zur Erörterung gelangt. Die Grundsätze sind aber allgemeiner Natur und betreffen alle Arten von Rechtsverhältnissen, also auch besonders die im Verwaltungsprozess zur verwirklichenden. Sie betreffen die Frage, worin das zu verwirklichende Rechtsverhältniss bestehe und bringen die Anschauung, welche Faktoren auf den Rechtsthatbestand einwirken können und sollen, prozessual zum Ausdruck. Denn sie besagen nicht sowohl, dass einerseits die Wahrheit, soweit sie für uns überhaupt erkennbar ist, materiell wie sie objektiv besteht, zur Grundlage eines Rechtsverhältnisses dienen solle, — während anderseits nur das, was durch bestimmte Formen uns dargestellt wird, als wahr zu gelten habe, ohne Rücksicht darauf, ob es wahr ist oder nicht, ob die Form gewollt sei oder nicht, so dass also nur die äussere Form der Verfügung massgebend und für den Richter bindend sei. Es wird vielmehr mit dem

Begriff der formellen Wahrheit nur gemeint, dass hier die Rechtsverhältnistheilnehmer den in ihrem Prozess zu erörternden Thatbestand vermöge des Rechts ihrer freien sachlichen Disposition durch die Form und Art ihrer Parteiverfügungen beeinflussen können. Hier also ist das, was durch die Form der Parteiverhandlung festgesetzt ist, auch zugleich materiell wahr und richtig, ebenso wie alle anderen das Rechtsverhältniss betreffenden festgestellten Fakta und daher für den Richter vollauf massgebend, denn kraft ihres freien Verfügungsrechts können die Parteien den Thatbestand so ändern, und also auch den Richter hieran binden, wie es in ihrem Sinn liegt, ohne dass er deswegen weniger richtig würde¹⁾. Auf dieser Möglichkeit beruht freilich die Erwägung, dass bei diesen Verhältnissen die Form eine besondere Bedeutung gewinnen könne, dass mit ihrer Hülfe leichter zu einem praktischen Endergebniss zu gelangen sei, wobei aber immer daran festzuhalten ist, dass hier präsumtiv doch die Form den wahren massgebenden Willen der Parteien repräsentire, dass sie zugleich der materiellen Wahrheit entspreche.

Etwas anderes aber ist die Erwägung, dass jede Rechtsverwirklichung eine gewisse äussere, „formelle“ Sicherheit für den Bestand ihrer thatsächlichen Unterlage verlangt, — dass wir mit rein hypothetisch ungewissen Grundlagen im Rechte uns nicht begnügen können, dass unser Gewissen sowohl wie das praktische Bedürfniss eine formelle, hierdurch gesicherte Darstellung des Thatbestandes verlangt. Ohne diese würde der Willkür der Erforschung breiter Spielraum gewährt und wäre ein für die äussere Ordnung nothwendiger endlicher Abschluss derselben unmöglich. Diese Form muss uns aber unter allen Umständen die Gewissheit bieten, dass nicht durch sie etwas offenbar Unwahres und Nichtgewolltes zur Feststellung gelange.

Wo nun durch die Form der Verhandlung der Partei die Möglichkeit sachlicher und den Richter bindender Verfügung

¹⁾ John, Strafprozess, I, S. 12 ff., kommt diesem Gedanken nahe, ohne ihn völlig scharf auszudrücken.

gewährt wird, — also im privatrechtlichen Verfahren, — da dürfen wir rascher uns mit einem formellen Bestande begnügen, als da, wo wir den Rechtsverhältnistheilnehmern nicht mehr zugestehen, den einmal durch eine That begründeten und festgelegten Rechtsuntergrund durch weitere Handlungen zu beeinflussen. Doch auch hier bedürfen wir formeller Sicherheit.

Das ist nun der Fall im Strafrecht, wo das Verbrechen der Grund der Strafe ist, also das Verbrechen allein den Thatbestand des Rechtsverhältnisses begründen soll. Da dies erforscht werden soll, so hat der Strafprozess eine ganz eigenartige Aufgabe, die keinem anderen Verfahren zukommt, da ein ähnliches Verhältniss nirgendwo sonst besteht. Und hier also liegt wesentlich die Besonderheit seiner Ausgestaltung, aber auch deren Schwierigkeit. Während wir bei anderen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Fragen wohl darauf dringen, dass möglichst die Verhältnisse so erforscht werden und zur Anschauung kommen, wie sie unabhängig von der prozessualen Verfügung der Parteien bestehen, — ein Bestreben, dass namentlich auch im Civilprozess heute wieder stärker zur Geltung kommt als zur Zeit der Einführung unserer Prozessordnung¹⁾, — so brauchen wir doch hier nicht ängstlich zu sorgen, dass jede formelle Wahrheit auch materiell unanfechtbar sei, da die Verhältnisse für die Allgemeinheit von geringerer Bedeutung sind. Im Strafrecht aber haben wir es mit den für den Staat wichtigsten Angelegenheiten zu thun: es ist hier nach unserer strafphilosophischen Anschauung von grösster Bedeutung, dass nur das Verbrechen, so wie es begangen wurde, als Unterlage der Strafe dient. Daher muss hier der nothwendige, formell sichere Abschluss die Garantie bieten, dass er der Sachlage, wie sie durch das Verbrechen festgestellt ist, möglichst genau entspreche.

Das ist die Bedeutung des Satzes von der materiellen Wahrheit, die ich danach eher mit anderen historische oder objektive Wahrheit nennen möchte, da sie keineswegs die

¹⁾ Ich weise nur auf die Entwicklung der Ansichten des Reichsgerichts über die Fragepflicht des Richters hin.

formelle Sicherheit der Wahrheitsfeststellung ausschliesst und da auch die sogen. formale Wahrheit des Civilprozesses ebensogut eine innere sachliche Wahrheit sein soll, d. h. das Civilrechtsverhältniss dem Willen der Theilnehmer entsprechen lassen soll.

§ 16.

Die Folgen dieses Satzes aber für den Strafprozess sind eben die, dass positiv alle verfügbaren Mittel der Wahrheitsforschung benutzt werden müssen und dass negativ nicht den Parteien die Möglichkeit gewährt werden soll, in der Form der Prozesshandlung den Thatbestand zu beeinflussen. Auf den zweiten Punkt hat Heinze besonders hingewiesen. Dieser Satz bedeutet aber noch nicht, dass den Rechtsverhältnisstheilnehmern die Parteistellung entzogen werden müsse, wie wir später bei der Entwicklung des Parteibegriffes des näheren sehen werden. Freilich ist das der Gedanke, der zumeist ausgesprochen wird; es wird gesagt, dass wegen der Nothwendigkeit, historisch die objektive Wahrheit zu finden, der Richter allein über alle Mittel frei müsse verfügen können und nicht durch Prozessdispositionen der Rechtsverhältnisstheilnehmer gebunden werden dürfe, dass diese daher auch nicht als Parteien auftreten dürften; mit anderen Worten, dass der materiellen Wahrheit so recht eigentlich, — oder nur allein das Untersuchungsprincip entspreche.

Diese Idee wurde schon von Höpfner¹⁾ vorgetragen, demzufolge das Anklageverfahren nur formelle Wahrheit fördern soll; Schwarze²⁾, Dalcke³⁾ und heute noch John⁴⁾ vertreten sie, während z. B. Zachariä⁵⁾, Planck⁶⁾, Savigny⁷⁾ betonen, dass Inquisitionsprincip nicht mit dem Grundsatz der Er-

¹⁾ „Ueber den Anklageprozess und das Geschworenengericht.“ Hamburg 1844.

²⁾ 1859, Gerichtssaal, XI, S. 3 ff. und später.

³⁾ Goltdammer's Archiv, VII, 1859, S. 734 ff.; VIII, 1860, S. 145; XIV, 1866, S. 15 ff.

⁴⁾ Holtz: Encyklopädie, I. Theil, 5. Aufl., S. 967 ff.

⁵⁾ Handbuch des Strafprozesses, I, § 11.

⁶⁾ System, § 60.

⁷⁾ Denkschrift von 1846 im G.-Archiv 1859, VII, S. 577 ff.

forschung materieller Wahrheit zu verwechseln sei. Glaser¹⁾ und Friedmann²⁾ sagen sogar gerade umgekehrt, die Wahrheit könne nur im Anklageprozess erforscht werden, bezw. dieser solle der materiellen Wahrheit dienen.

Ich halte diese Zusammenstellung der zwei Grundsätze für irrig. Allerdings soll der Richter Verbrechen und Strafe erkennen und abwägen, und dazu muss er die historische Wahrheit des Thatbestandes erforschen. Das schliesst aber keineswegs aus:

Einmal, dass ein Staatsvertreter als Klagpartei darüber zu bestimmen habe, ob der Richter überhaupt über das Rechtsverhältniss aburtheilen solle. So gut wie der Richter ohne Gefährdung der historischen Wahrheit des Thatbestandes über denselben verfügen kann, so gut kann dies ein Staatsanwalt thun und die Verantwortung für sein Handeln übernehmen.

Sodann ist historische Wahrheit wohl und nothwendig vereinbar mit formeller Abgrenzung des Urtheilsfalles und formeller Gewissheit vollständiger Erschöpfung desselben, was uns als eine Sicherung der Stellung des Beschuldigten erscheint und gerade gegenüber dem alten Prozess als nothwendig betont wird: diese Wahrung der Rechtsstellung des Einzelnen kann aber doch wohl diesem selbst, die Wahrung der Gegenrechte des Staates einem Staatsanwalte überlassen werden, so dass der Richter nur über den Parteien und mit ihnen und daher durch sie gebunden, nicht für sich allein diese Abgrenzung vornimmt.

Und drittens verträgt sich dieser Satz mit dem Rechte der zwei Interessenten, ihrerseits auf die Erforschung des Sachverhaltes bindend einzuwirken, ja sogar die Hauptthätigkeit hierbei zu entwickeln, indem sie den Stoff sammeln und den Richter zwingend veranlassen können, dass er denselben vollständig prüfe und dass er ihren Anträgen auf weitere Sammlung nachkomme.

Das alles widerspricht dem Untersuchungsprincip, welches also keineswegs nothwendig ist für die Erforschung materieller

¹⁾ G.-Schriften, II, 98 ff.

²⁾ Grünhut's Z., XVII, S. 41 ff.

Wahrheit. Ja, da sich mit dieser doch zur Sicherung des Beschuldigten formelle Bestimmtheit des Verfahrens verbinden muss, so hat unsere Zeit diese drei Sätze und damit eine Parteieigenschaft der Rechtsverhältnistheilnehmer auch stets in gewissem Sinne anerkannt. Nach unserer Prozessordnung ist Klagerhebung nothwendig und sie grenzt den Urtheilsfall ab; die Prozessbetheiligten haben wesentlichen Einfluss auf die Thatbestandserforschung, und von jeher hat man das Recht auf Rechtsmittel anerkannt. Freilich stehen diesen andere Bestimmungen gegenüber, die mit ihnen völlig unvereinbar sind, aber aus dem Gedanken stammen, dass nur der Richter berufen sein könne, die historische Wahrheit festzustellen und dass nicht der abhängige Staatsanwalt oder gar der Beschuldigte durch Prozessformen den Lauf des Verfahrens beeinträchtige: die Nichtzurückziehbarkeit der Klage und weitgehende Unabhängigkeit des Richters von den Parteianträgen.

So entsteht eine Halbheit: weder der Staatsanwalt noch der Richter verfügen über das Strafrecht; keiner trägt eine volle Verantwortung, und das wird besonders und mit Recht von verschiedenen Seiten als unzuträglich gerügt. Der Grund dieses Fehlers aber liegt in dem Irrthum, dass Untersuchungsprincip und historische Wahrheit correspondirende Begriffe seien.

Wenn wir hingegen jene drei Sätze als für die Sicherheit des Einzelnen nothwendig anerkennen und ihre Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der historischen Wahrheit einsehen, so wird es richtig sein, sie in den Prozess voll einzuführen, und nicht dadurch ihre der historischen Wahrheit schädliche Wirkung hemmen, dass wir den Richter zu ihrem alleinigen und nicht controlirbaren Wächter erheben. Zur Sicherung der historischen Wahrheit muss allerdings der Richter freier stehen als im Civilprozess, aber er darf nicht aus seiner Urtheilssphäre heraustretend selbst Interessevertreter werden; vielmehr muss den Parteien die weiteste Möglichkeit eigener Mitwirkung zur Aufklärung des Thatbestandes als auch die Controle der richterlichen Thätigkeit gewährt werden. Daneben muss aber ferner ausserprozessual die materielle Wahrheit durch die Mitwirkung der Privaten gesichert sein. Hier-

durch wird die formelle Sicherheit der Wahrheit viel besser garantirt als bei unserem jetzigen System und die Erkenntniss der historischen Wahrheit nicht nur im Prozess sondern gleichzeitig auch ausserhalb desselben gefördert, für welch zweiten Punkt heute bekanntlich nur sehr gering gesorgt ist.

Wie mit dem Inquisitionsprincip, so wird auch wohl der Satz von der historischen Wahrheit mit dem Official- und Legalitätsprincip zusammengestellt. Richtig ist aber hieran nur, dass das Legalitätsprincip der materiellen Wahrheit dienen soll, und da dieser heute jede andere ausserprozessuale staatsrechtliche Garantie mangelt, dienen muss, denn ohne jenes käme diese oft nicht zur Geltung. Aber nicht ist die umgekehrte Verbindung nöthig: das Official- und das Legalitätsprincip können sehr wohl als rein staatsrechtliche Grundsätze ohne die historische Wahrheit bestehen, die sich nur aus dem Wesen des Strafrechts als solchen, — nicht des staatlichen Strafrechts — erklärt.

§ 17.

Neben die vorhergehenden Sätze tritt als allgemein anerkannte Forderung unserer Zeit: Das Strafrecht des Staates soll nur im Prozess verwirklicht werden. Dies ist einer der bedeutungsvollsten Sätze, denn auf dem Wege der Rechtsverwirklichung kommen auch alle anderen Grundsätze zur praktischen Geltung und Anerkennung. Er ist aber auch in seiner Bedeutung am meisten bestritten, denn über das Wesen des Prozesses herrscht heute noch nicht Uebereinstimmung; namentlich ist lebhaft bestritten, ob und wieweit der Strafprozess einheitlich mit den übrigen Prozessarten bestimmt werden dürfe. So bieten sich gerade hier die meisten Schwierigkeiten, die noch dadurch erhöht werden, dass die heutige Ausbildung unseres Strafprozesses eine klare Erkenntniss seines Wesens fast unmöglich macht. Auf diesem Gebiete aber liegt die Beantwortung der Frage unserer Arbeit; wenn wir von unserer vorhergehenden Entwicklung ausgehen, wird sie uns wenige Schwierigkeiten bieten, doch verkenne ich nicht, dass meine Antwort selbst bei besserer Begründung als der meinen

wohl stets noch bedeutende Gegner finden wird. Und dennoch glaube ich Recht zu haben, wenn ich sage: „Der Staatsanwalt und der Beschuldigte sind materiell Prozessparteien“; ich spreche nur die Idee aus, nach der die ganze Entwicklung unserer Zeit drängt.

„Prozess“, — also das Mittel der Strafrechtsverwirklichung — ist nach unserer allgemeinen Anschauung das Rechtsverfahren, welches dazu bestimmt ist, dass in ihm ein Rechtsverhältniss irgend einer Art durch einen an demselben unbetheiligten Dritten, den Richter, auf Anrufen eines der Rechtsverhältnisstheilnehmer nach geordneten Regeln zur thatsächlichen und rechtsgemässen Feststellung durch Urtheil gelangt¹⁾. Dass dies Verfahren vom Staat als dauernde Institution eingerichtet ist, ist nebensächlich, zufällig. Wenn wir nun consequent sein wollen und Prozessverwirklichung für das Strafrecht verlangen, so müssen wir damit dies eben charakterisirte Rechtsverfahren meinen. Das aber wird keineswegs anerkannt. Am wenigsten aber von denen, welche das Bestehen eines subjektiven Strafrechts nach unserer obigen Darlegung läugnen. Und selbst wer unserer Anschauung über Strafrecht nahe steht, kann sich doch nicht immer entschliessen, auch hier ein Rechtsverfahren anzuerkennen, insbesondere den dabei Betheiligten die ihnen gebührende Stellung anzuweisen, wie es bei anderen Rechtsverhältnissen anerkannt wird.

Es ist wohl heute unbestritten, dass das Strafrecht in einem „Rechtsverfahren“ durch einen „Richter“ festgestellt werde²⁾. Wenn hierin alle einig sind, so wird aber damit noch nicht gesagt, dass dies Rechtsverfahren ein Prozess sei, in welchem der Richter gerade so dastehe, wie im Civilprozess oder im Verwaltungsprozess. Ja von vielen Seiten wird geradezu behauptet, dass der Strafrichter eine vom Civilrichter ganz wesentlich verschiedene Thätigkeit auszuüben habe, indem er allein über das Strafrecht verfügt, — wobei nur der

¹⁾ Vergl. § 29, S. 160. Siehe auch Heinze, G.-Archiv 1876, XXIV, S. 265.

²⁾ Vergl. nur Heinze, Zur Physiologie des Strafprozesses. Gerichtssaal, XXVIII, 1876, S. 561 ff.

Grund hierfür von jedem verschieden angegeben wird — und wenn dennoch äusserlich das Strafverfahren dem Civil- und Verwaltungsprozess gleiche, so sei das eine Formsache, — für deren Bedeutung und Wesen freilich wiederum die verschiedensten Ansichten vorgetragen werden. Diese Ideen wurzeln tief in der Geschichte unseres Prozesses und werden getragen von der herrschenden philosophischen Auffassung des Strafrechts¹⁾; sie finden in der Ausbildung unseres heutigen Strafprozesses eine gewisse Anerkennung und Stütze. Aber sie bringen in die für unser Rechtsleben einheitlichen Begriffe des Prozesses und Richterthums einen bedenklichen Dualismus, um so gefährlicher, als in der Praxis dieselbe Person unter dem gleichen Namen als „Richter“ zwei ganz verschiedene Thätigkeiten ausüben soll. Und die ihrer wesentlichen Bedeutung nach aus dem Strafrecht gar nicht zu erklärende Aeusserlichkeit der reinen Prozessform des Strafverfahrens hemmt die schärfere Entwicklung der Thätigkeit der an diesem Prozess beteiligten Personen in Theorie wie Praxis. Daher wird diese Auffassung mit Recht bekämpft²⁾.

An sich ist das Strafrecht auch des Staates unabhängig vom Prozess wie das Civilrecht: es bedarf desselben nicht zu seiner Verwirklichung, es kann frei zwischen den an ihm Interessirten festgestellt werden. Das geschieht auch heutzutage zweifellos bei den polizeilichen Strafverfügungen und den Strafbescheiden der Verwaltungsbehörden, in welchen wir nichts Anderes erblicken können, als einseitige Strafbestimmung durch den Staat als Berechtigten und freie Annahme dieses „Angebots“ seitens des zur Strafe Verpflichteten³⁾. In keiner

¹⁾ Deren Kern trotz aller sonstigen Verschiedenheiten von Heinze dahin gegeben wird: Das Strafrecht sei eine rechtliche Grösse, unabhängig vom Willen der Betheiligten, der „ein kategorischer Anspruch auf Verwirklichung“ zukommt. Goltdammer's Archiv 1876, XXIV, S. 265 ff., Nr. I u. IV.

²⁾ Vor Allem von Glaser. Vergl. auch Geyer's, Ullmann's und v. Kries' Lehrbücher.

³⁾ Das wird vielfach übersehen. Vergl. z. B. Binding, Handbuch, I, § 39, S. 192.

Weise steht der die Strafe aussprechende Beamte als Richter da; ja, wenn sein Ausspruch bestritten wird, muss er sich dem Gerichtsentscheid unterwerfen wie jeder andere ein Recht Behauptende, dem der Gegner widerspricht. Er bleibt einseitige Behörde, für deren Handlungen auf diesem Gebiete Regeln gelten, die den Vorschriften für den Strafrichter gleichgebildet sind. Wenn sein Strafansatz gleich einem Gerichtsurtheil unanfechtbar und vollziehbar wird, so hat dies seinen Grund allein in seiner Beamteneigenschaft: es bedarf eben hier wie anderswo im Staate zur unabänderlichen, zwangsweisen Durchführung des Staatswillens keines Gerichtsspruches.

Nothwendig ist nach der Natur des Staates nur, dass die Festsetzung des Strafrechts nicht willkürlich, sondern nach strengen Formen und Regeln erfolge²⁾, da anders der Wille der Gesamtheit nicht rechtlich Ausdruck finden kann. Hierdurch sichert der Staat sich wohl möglichst exakte Darstellung seines Willens, aber er bietet noch keine besondere Gewähr für die Rechtsordnungsmässigkeit, die Gesetzlichkeit und Gerechtigkeit seiner Handlungen, da auch in der staatlichen Organisation willkürliche Machtausübung möglich ist. Wo eine solche verhindert werden soll, indem Rechte gegeneinander abgegrenzt werden, da gewährt der Rechtsstaat die Möglichkeit der Festsetzung des Rechts durch einen unbetheiligten Dritten als Richter, da garantirt er die rechtliche Sicherheit der Rechtsverhältnisse durch Einrichtung eines Prozesses, eines Rechtsverfahrens, in dem beide Interessenten zu Gehör kommen und staatliche Zwangsgewalt dem Richterspruch zur Seite tritt. Diesen Satz bestreitet Niemand für das Civilrecht; er findet heute auch für das Verwaltungsrecht fast unumschränkte Anerkennung.

§ 18.

Anerkannt wird auch weiter allgemein, dass gerade die Ausübung des Strafrechts im Staate besondere Rechtsgarantien für ihre Energie und Gesetzmässigkeit verlange. Wo der

²⁾ Vergl. § 9, S. 35 ff.

Staat gemeinen Interessen strafrechtlichen Schutz verleiht, da verlangt er wegen ihrer Wichtigkeit Berücksichtigung aller Verhältnisse, in denen diese Interessen zu Tage treten, gleichmässig und möglichst genau, so wie er das in der für ihn bestimmtesten Art im Gesetze festgelegt hat¹⁾. Und wie diese Gesetzmässigkeit sonst durch den Rechtsspruch garantirt wird, so wird auch hier allgemein ihre Sicherung demselben übertragen: der Richter stellt hier wie überall das Recht fest²⁾. Schon von Alters sehen wir im Strafrecht die erhöhte Bedeutung des Urtheils: man hatte schon früh die Nothwendigkeit gesetzmässiger und gerechter Anwendung der Strafe im Staate erkannt. Aber die heute herrschende Theorie trennt das Verfahren, das zum Strafurtheil führt, wesentlich von den übrigen Prozessarten, indem sie sagt, dass dasselbe hier lediglich zur Ausübung der staatlichen Herrschermacht diene.

Diesen Gedanken finden wir bei Otto Mayer³⁾ am schärfsten ausgedrückt. Nach ihm giebt es für den Staat keine Rechte, sondern nur eine grosse allgemeine Herrschermacht. Während nun beim Civilgericht einfach das Recht, wie es zwischen zwei Parteien besteht, festgestellt wird und freies Ermessen des Richters nur selten gestattet ist, gehört bei der Verwaltungsgerichtsbarkeit das freie schöpferische Ermessen des Richters schon zum Begriff des Prozesses. Dessen allgemein einheitlicher Begriff ist nur von der formalen Seite her zu erfassen: wo Parteien, d. h. Rechtssubjekte, deren Verhältnisse durch das ergehende Urtheil bestimmt werden, auf beiden Seiten oder einseitig mitwirken, da haben wir einen Prozess. Das ist auch im Strafrecht so: hier ist der Beschuldigte Partei, der Staat aber nie; er tritt nur formell als Partei auf.

Mayer legt seine Ansichten betreffend das Strafrecht nicht

¹⁾ Vergl. auch oben § 14, S. 60 f.

²⁾ Dahin verstehe ich auch den Satz Jellinek's, System, S. 224: „Ein Beispiel eines ständigen Organs des Staates zur Hütung des Gemeininteresses bietet die Staatsanwaltschaft dar, insoweit ihr die Parteirolle des Klägers zukommt.“

³⁾ Deutsches Verwaltungsrecht, I, §§ 9 ff., insbesondere §§ 13, 14.

ausführlich dar. Der Gegensatz der Prozessarten tritt aber klar hervor. Im Strafprozess handelt es sich nicht wie im Civilverfahren um gegenseitige Rechte¹⁾; nur einseitig ist das Recht des Beschuldigten festzustellen. Ihm tritt daher der Richter als Rechtssprecher gegenüber. Für den Staat ist das aber nicht nöthig; er bedarf weder der Rechtsvertretung noch der Feststellung seiner unbeschränkten Hoheitsmacht und fügt sich nur der Feststellung der Rechte des Gegners: für ihn ist der Prozess rein eine beliebige Form der Machtausübung, und es ist nur nicht abzusehen, warum denn diese Form gewählt wird, warum nicht gerade so gut ein Polizeibeamter oder der Staatsanwalt allein die Strafmacht zur Geltung bringen kann, und warum der Staat sich überhaupt bemüht hat, die contradictorische Form des Strafprozesses durch Aufstellung der Staatsanwaltschaft als formeller Partei auszubilden. Gerade dieser letztere Punkt, das ganze Streben, die Verfolgung von dem Richter loszulösen, kann nach der Mayer'schen Anschauung seinem Wesen nach nicht erklärt werden; wir müssten vielmehr um der Vereinfachung unserer Arbeit willen möglichst bald wieder das staatsanwaltschaftliche Verfahren abschaffen, da doch der Richter auch ohne das zweifellos die genügenden Garantien gesetzmässiger Ausübung des Strafrechts bietet. Das Gericht spielt bei der Mayer'schen Begriffsbestimmung des Prozesses überhaupt keine wesentliche Rolle; es ist das aber ein Punkt, den wohl Niemand als richtig annehmen wird, während man umgekehrt in der Bestimmung des Prozesses von der rein formellen Seite des Parteiauftretens aus nur einen ganz äusserlichen Nothbehelf erkennen wird, die Einheit des Prozesses zu wahren; irgend welche wesentliche Eigenschaften dieses Instituts lassen sich von hier aus aber gar nicht erklären. —

Viel richtiger geht meines Erachtens schon Laband vor²⁾. Er sagt: In der bürgerlichen Rechtssphäre, wo Freiheit der

¹⁾ Vergl. dagegen schon meine Ansicht § 5, S. 17.

²⁾ Staatsrecht, 3. Aufl., 2. Bd., §§ 83 ff., insbesondere S. 330 ff., 337 ff.

Individuen in bestimmten Schranken herrscht, wo der Staat nur das Interesse hat, dem Einzelnen Schutz seines Rechtes zu gewähren, ist die Klage die Bitte um Gewährung staatlicher Hülfe und das Urtheil die Entscheidung hierüber und damit Feststellung des concreten Rechts und zugleich Befehl zur Darnachachtung. Im öffentlichen Recht aber ist die Gerichtsbarkeit nur die Form, in welcher staatliche Herrschaftsrechte durchgeführt werden; es handelt sich hier um eine einheitliche Funktion, die Handhabung der Strafgewalt; der Strafprozess ist gleichsam nur der Weg, den letztere in jedem einzelnen Fall zu durchlaufen hat. Hier bedeutet die Verurtheilung die Erfüllung einer Bedingung, an welche der Staat die Ausübung seiner eigenen Gewalt gebunden hat. Das gemeinsame Moment im Civil- und Strafprozess liegt aber in der staatsrechtlichen Eigenthümlichkeit des Urtheilsbefehls, bei welchem der Staat nur daran ein Interesse nimmt, dass dasjenige geschehe, was das objektive Recht im concreten Fall gebietet, und deshalb lässt er durch ein contradiktorisches Verfahren und einen Wahrspruch des Gerichts zunächst das concrete Recht finden.

Dem ist vollkommen beizustimmen. Doch ist es als entschiedener Fehler zu bezeichnen, wenn von dem von Laband gezeichneten Gegensatz aus ein Wesensunterschied der Prozessarten construirt wird. Der Gegensatz besteht gar nicht. Es ist nämlich — wenn wir von der Ausschliesslichkeit des Strafprozesses absehen — auch der Civilprozess ein Weg, den der Einzelne bei der Handhabung seiner Rechtsgewalt durchlaufen muss; auch hier ist das Urtheil die Erfüllung einer Bedingung, an welche der Staat die Ausübung der Rechte (im Fall des Bestreitens) gebunden hat, während anderseits auch im Strafrecht der Staat in der Statuirung des Strafgerichts sich selbst und jedem Einzelnen Schutz seines Rechtes gewährt, die Anklage die Bitte um Gewährung dieser Rechtshülfe von Staatsorgan zu Staatsorgan ist. Dieser Sachverhalt findet sich freilich keineswegs im alten absoluten Staat, auch nicht überhaupt im „Staat als solchem“ vor; wohl aber ist er der für unseren heutigen rechtlich organisirten Staat richtige, und

auf den allein kommt es an. Ist, wie Laband völlig richtig sagt, der Urtheilsbefehl vom Verwaltungsbefehl dadurch unterschieden, dass bei jenem der Staat ein sachliches Interesse an seinem Inhalt nicht hat, durch denselben einen bestimmten Erfolg nicht erreichen will, ist aber die Strafgewalt nach unserer Rechtssatzung abhängig von der Hülfe des Gerichts, dann ist eben auch die Anklage nichts anderes, als die Bitte um Gewährung dieser Hülfe, wie die Civilklage. Dass der Staat sowohl der Rechtsuchende als auch der Rechtsprechende ist — das ist wohl eine Besonderheit (die übrigens Niemand abhält, im Civilrechtsstreit des Fiskus vor dem Staatscivilgericht einen vollständigen Civilprozess zu erblicken), — die sich aber löst, sobald wir erkennen, dass der Rechtsstaat in seiner Organisation seine Herrschermacht individualisirt und differenzirt, so dass die Strafgewalt einerseits, die Gerichtsgewalt anderseits sich völlig getrennt gegenüberstehen (siehe unten §§ 25 ff.).

Laband geht von dem Unterschied aus zwischen Civilrecht und staatlichem Strafrecht — ein Gegensatz, der unzweifelhaft bedeutend ist und auf die Verwirklichungsmethode grossen Einfluss üben muss. Aber er kann nicht darlegen, dass durch diesen Gegensatz ein Wesensunterschied der zwei Prozessarten bedingt wird. Seine Betonung an dieser Stelle hat nur den — in unserer Praxis sowohl wie in unserer Theorie recht bemerkbaren — Erfolg, dass immer ein Gegensatz zwischen dem Wesen der zwei Gerichte gesucht und dem Strafrichter eine ihm nicht zukommende Stellung zugewiesen wird: während ich mich für vollauf berechtigt halte, aus Laband's Deduktionen für den Staatsanwalt die volle sachliche Parteistellung, für den Richter die Stellung des Civilrichters zu folgern, werden Viele erklären, dass das Strafurtheil nach Laband nichts Anderes sei, als ein Verwaltungsakt, d. h. die Herbeiführung eines gewollten Erfolges durch den Staat ¹⁾).

Denn wenn die Strafgewalt eine einheitliche Funktion, das Strafurtheil nur ein Moment derselben ist, dann kann

¹⁾ Vergl. Staatsrecht, Bd. 1, § 64, S. 645 ff.

dieses mit jener eben nur eine Verwaltungsthätigkeit des Staates sein: der Strafrichter aber hat die Stellung, die ihm Laband selbst zuweist, verloren. Die Folge davon ist, dass die Abgrenzung und der Schutz der Individualrechte des Beschuldigten im Strafrecht — gerade das, worauf die ganze Reform unseres Strafprozesses so wesentlich hinzielte — ihre hervorragende Bedeutung verliert.

Kein Geringerer als John zieht diese Consequenz in voller Schärfe ¹⁾. Er beruft sich bei der Bestimmung des Zwecks des Strafgerichts auf Laband und sagt dann ganz ausdrücklich, dass, wenn Strafrichter und Civilrichter trotzdem dieselbe Person sei, dies nur eine Zufälligkeit, eine Personalunion darstelle. Stärker kann nicht betont werden, dass der Strafrichter nicht ebenso wie der Civilrichter Recht spricht. Nach John ist der Strafprozess ganz allgemein die Handhabung der Strafgewalt, deren Funktionen nach Zweckmässigkeitsgründen unter den Richter und Staatsanwalt vertheilt sind. Der Letztere soll einfach den Einfluss der Justizverwaltung auf den Richter wahren; seine Vorbereitung des Urtheils ist der des Richters ganz gleichwerthig.

Ich halte diese Ideen in gewissem Sinne für völlig richtig. Nur sind sie durch nichts in der Richtung gestützt, dass der Richter an sich schon über das Strafrecht disponire, und nur, da er grössere Unabhängigkeit in unserer Zeit erlangte, durch das Mittel der Staatsanwaltschaft wieder unter den Einfluss der Justizverwaltung gebannt werden musste. Wenn dem so wäre, dann wäre freilich der Strafrichter nicht Richter, sondern Interessenvertreter für den strafenden Staat. Nach welchen Gesichtspunkten hier die „Funktionen“ vertheilt sind, das bleibt zweifelhaft: diese „Funktionstheorie“ sieht eben nicht, dass die Aufgaben des Staatsanwalts und des Richters völlig incompatibel sind. Eigenthümlich klingt dem gegenüber dann nur John's Feststellung, dass Schutz eines unabhängigen Rich-

¹⁾ Kommentar, Bd. 2, Einleitung, IV, S. 101 ff., V, S. 112 ff., 124 ff., VI, S. 150 ff., VII, 200 ff. — Nach Bd. 1, S. 12 ff. scheint die Sache freilich nicht so.

ters für den Angeklagten heute als nothwendiges Postulat zu verlangen sei. Und wie dies zum wahren, dem Civilverfahren wesensgleichen Strafparteiprozess führt, sind auch John's eigene so sehr bemerkenswerthe Reformvorschläge vollständig in dieser Richtung abgefasst.

John führt neben Laband Heinze für seine Konstruktion des strafgerichtlichen Zweckes an. Und gewiss ist Heinze's Darstellung das Vorbild für die Anschauung Laband's gewesen, wenn sie auch anders aufgebaut ist. Auch Heinze ¹⁾ geht von dem Gegensatz der freien Disposition im Civilrecht und der pflichtmässigen Officialthätigkeit im Strafrecht aus. Danach ist der Civilprozess ein Rechtsstreit, in welchem die Klage das feststehende Thema des Beweises bildet; der Strafprozess ist Wahrheitserforschung und die Anklage ist nur eine Behauptung, die analytisch zur Erkenntniss der Wahrheit führen soll. Dieser Strafprozess fängt schon mit den ersten Ermittlungen, nicht erst mit der Klage an; die Akkusations- oder Verhandlungsform ist für ihn rein Sache der Zweckmässigkeit: zur Arbeitstheilung und besseren Stellung des Angeeschuldigten erwünscht. Der Staatsanwalt aber soll wesentlich nur in den Formen der Parteithätigkeit die Wirksamkeit des Gerichts (Stoffsammlung, Ausnützung der Beweismittel) zum gleichen Ziel wie dieses strebend unterstützen.

Heinze's Ansicht geht ja, wie schon oben dargelegt wurde ²⁾, dahin, dass im Strafrecht jede Disposition aufhöre. Daraus folgt die Stellung aller Betheiligten. Aber wie diese Ansicht entschieden irrig ist, so verdunkelt sie auch die Erkenntniss, dass ihr zufolge der Strafrichter der einzig Disponirende im Strafverfahren wäre, also als Interessevertreter seine Parteilosigkeit verlöre. Dann freilich ist die Anklageform des Strafprozesses nichts dem Wesen der Sache entsprechendes, und ist dem Staatsanwalt und dem Richter die gleiche Aufgabe gesetzt, die am besten inquisitorisch erfüllt wird, die sich bei beiden nicht trennt, deren Vertheilung daher ziemlich willkürlich ist.

¹⁾ Goltdammer's Archiv 1876, XXIV, S. 265 ff., insbesondere V, IX.

²⁾ Siehe § 10, S. 41.

Die hier gegebene, aus dem Gegensatz der sachlichen Grundsätze gefolgerte Bestimmung der zwei Prozessarten aber enthält selbst nur scheinbar einen Gegensatz: Es ist schon eine sehr zweifelhafte, ja sogar mit Recht von Vielen heute bekämpfte Theorie, dass der Civilprozess ein Rechtsstreit sei¹⁾: er ist gerade so gut wie das Strafverfahren Wahrheitserforschung und Feststellung von deren Rechtsfolgen, und für die Partei ist die Civilklage nichts Anderes, als eine Behauptung, die analytisch zur Wahrheitserkenntniss führen soll, während für den Richter auch die Strafklage ein feststehendes Thema des synthetischen Beweises ist. Ebenso kann ich auch Heinze nicht zugeben, dass seine Ideen über das Wesen der Klagänderung und der Rechtskraft des Urtheils im Strafprozess aus dem Wesen des Strafrechts oder des Officialprincips folgten. Es ist lediglich Folge der Untersuchungsmaxime — nicht des Officialgrundsatzes, dass im Strafprozess die sachliche Wirkung der in iudicium deductio, nämlich das Recht des Angeklagten auf Geltendmachung nur dieses Strafrechts nicht bestehe, und dass im Strafprozess für die Rechtskraft nur ein Billigkeitsgrund gelte.

Das ist alles wohl richtig, wenn wir uns beidemale allein auf den Standpunkt des verfolgenden Staates stellen: genau ebenso kann aber auch der sein Recht verfolgende Private das Prozessverhältniss auffassen. Es kann diese Verschiedenheit der Anschauungen über die Prozessverhältnisse keineswegs aus dem Wesen der Verfahrensarten, sondern nur aus der Art ihrer historischen Entwicklung begründet werden.

Ganz ähnlich, klar und deutlich spricht sich auch Bierling aus²⁾: Im Privatrecht, wo die Mitwirkung des Gerichts zur Verwirklichung nicht erforderlich ist, erfüllt nicht das Gericht seinerseits das Recht, sondern setzt nur die Norm fest; im Strafrecht muss der Richter, weil der Staat nur durch Organe seiner Pflicht genügen kann, zur Erfüllung mitwirken:

¹⁾ Siehe nur Wach, Handbuch des Civilprozessrechts, § 2, S. 18.

²⁾ Zeitschr. f. Strafr., X, 1890, S. 251 ff., insbesondere 2., IX, S. 288 ff., 3., IV, S. 309 ff.

er, der Staatsanwalt, der Vollstreckungsbeamte, sind Organe des Staates bezüglich des einen materiellen Rechtsverhältnisses, sind „Strafverfolgungsorgane“ zur Erfüllung der Strafpflicht des Staates. Danach steht der Strafrichter ganz anders da, als der Civilrichter. Er ist nicht Richter, der als höherer Dritter über die Ansprüche zweier Parteien mit entgegengesetzten Interessen urtheilen könnte; denn der Staat ist zugleich Interessent und Entscheidender. Also haben wir hier auch keine Partei.

Ich finde dem gegenüber, dass auch im Civilrechtsverhältniss der Richter zur Erfüllung mitwirkt, dass er auch hier vom Standpunkt des Rechtsverfolgenden Organ zur Erfüllung von dessen materiellem Rechtsverhältniss ist. Hier kann ich für die zwei Prozessarten noch keine Gegensätze feststellen. Auch den weiteren Theil der Bierling'schen Darlegungen halte ich nicht für begründet; denn wenn auch der Staat sowohl Interessent als Entscheidender im Strafprozess ist, so folgt hieraus noch nicht, dass der Staatsanwalt und sein Gegner nicht Parteien, der Strafrichter nicht unbetheiligter Richter seien.

In diesem Punkt liegt die Schwierigkeit der Anschauung. Es ist ja vollständig richtig, dass durch das Auftreten des Staates sowohl als verfolgender Strafinteressent, als auch als rechtsprechender Richter Verwickelungen der Thätigkeiten der zwei hier auftretenden Organe entstehen können. Es ist richtig, dass zufolge der materiellen Grundsätze des Staatsstrafrechts, welche den für die Rechtsprechung aufgestellten Sätzen gleichen, tiefgreifende Verschiedenheiten für die Stellung des Strafverfolgungsorgans gegenüber der eines Civilrechtsverfolgers gelten müssen. Es ist richtig, dass vom Standpunkt des einen einheitlichen Staates aus der Strafprozess ganz anders aussieht, als der Civilprozess.

Alle diese Verschiedenheiten müssen die Ausbildung der zwei Prozessarten wesentlich beeinflussen, sie können aber noch nicht das Wesen des Prozesses selbst bestimmen. Ueber dieses können wir eben nur klar werden, wenn wir über das Wesen des Strafrechtsverhältnisses uns klar geworden sind. Ist dieses gleich den anderen Rechtsverhältnissen geformt und

ausgebildet, steht es zum objektiven Recht gleich jenen, dann wird auch seine Verwirklichung gemäss dem objektiven Recht gleiche Bahnen einschlagen, gleichen Garantien unterliegen dürfen und müssen: der Strafprozess wird dem Civilprozess grundsätzlich wesensgleich sein, der Richter und die zwei Interessenten werden beidemal die gleichen Stellungen einnehmen.

§ 19.

Dass das Strafrechtsverhältniss ein Interessenverhältniss gleicher Bildung wie das Civilrechtsverhältniss ist, dass die Verfügung über die Interessen beidemal in gleicher Art geschieht, das habe ich oben näher dargelegt¹⁾. Wenn aber die Verwirklichung von Interessen gemäss dem objektiven Recht gewährleistet werden soll, so wird das wohl für gleiche Bedingungen in gleicher Art geschehen müssen. Das Verfahren hierzu, — dessen Rechtscharakter ich wohl als unbestritten annehmen darf —, muss den gleichen Zweck in nur einer Art am besten erreichen. Diese Art bestimmt das Wesen des Verfahrens einheitlich; denn dieses, das nichts als ein Rechtshülfsmittel ist, kann nur im ersten und bedeutendsten Zweck begründet sein. Er muss der Gesichtspunkt für die Wesensauffassung sein. Jede Modifikation in der Ausbildung, die diesen Zweck unangetastet bestehen lässt, kann trotz ihrer Bedeutung doch auch das Wesen des Verfahrens nicht ändern.

Hiernach bestimmt sich das Wesen des Strafprozesses, der doch nur das Rechtsverfahren zur Feststellung des objektiven Rechts und zur Gewährleistung seiner Durchführung im einzelnen Rechtsverhältniss ist. Damit deckt sich sein Zweck und sein Wesen mit dem des Civilprozesses.

Alle anderen Aufgaben, die dem Staate im Strafrecht zufallen, wie Legalität und historische Wahrheit, und die auch im Prozess verwirklicht werden, bedürfen nicht des Prozesses zu ihrer Gewährleistung. Sie schreiben dem Staate ganz bestimmte Wege vor, weisen seinen Organen genau ihre Stellung

¹⁾ I. Theil, II. Theil, § 10.

an; aber wenn es sich um Rechtsfestsetzung handelt, müssen sie sich dem Wesen derselben einfügen.

Diese und die Erfüllung des Strafrechts streng gemäss dem objektiven Recht liegt im Interesse des Staates¹⁾. Kein einzelnes Strafrechtsverhältniss soll nach unserer grundsätzlichen Rechtsanschauung anders verwirklicht werden, keines auf anderer Grundlage als der des nach dem Gesetze historisch genau festgestellten Verbrechensthatbestandes.

Hierzu — hierfür aber auch unbedingt bedürfen wir des an dem Rechtsverhältniss uninteressirten Richters.

Und da vor ihm die Interessen, die hier abgewogen werden, deren Verhältniss festgestellt wird, vertreten und dargestellt werden sollen — da dies kräftig und ohne Beschränkung, frei und gleichmässig geschehen soll —, dies aber in erster Reihe Aufgabe der Interessenten selbst ist, so müssen Staat und Beschuldigter vor dem Richter als Rechtsverhältnisstheilnehmer am Verfahren mitwirken, sie müssen Parteien sein: wir haben einen vollen Rechtsprozess.

Es ist dies die einfache, unabweisbare Folge meiner Anschauung über das Wesen des Strafrechtsverhältnisses. Es ist dies der Punkt, auf welchen die Entwicklung unseres Strafverfahrens hinzielt, dessen Erreichung wir bei der weiteren Reform zu erstreben haben. Er wird unbewusst von den meisten in einzelnen Stücken angenommen: er ist uns nur bei der Eigenart der Entwicklung unseres Verfahrens selten klar zur Erkenntniss gekommen.

Ich nannte schon die zwei Schwierigkeiten, die unserer Erkenntniss und der praktischen Ausbildung des Verfahrens entgegentreten²⁾. Es ist die eine Frage, wie der Staat die Organisation dieser zwei ihm im Strafprozess obliegenden Aufgaben einrichte, damit er ein am Strafrecht uninteressirtes Richterorgan erhalte, wichtig genug, um sie später gesondert zu behandeln: die Nothwendigkeit der Organisation, der Individualisirung der staatlichen Thätigkeit bildet einen wesent-

¹⁾ Vergl. §§ 14, 15, 16.

²⁾ § 18 a. E.

lichen Faktor unseres Rechtslebens überhaupt, einen besonderen Grundsatz unseres Strafrechts. Vor allem Weiteren aber müssen wir wissen, ob nicht die sachliche Eigenart des staatlichen Interesse am Strafrecht die Verwirklichungsart dem Prozesse wesentlich ungleich mache.

Die meisten gehen hier einfach von dem Satz aus, dass im Strafrecht das öffentliche Interesse herrsche, dass eine Strafpflicht geltend zu machen sei, und dass die Ausübung derselben möglichst gemäss dem objektiven Recht ohne Rücksicht auf Einzelne, dem Richter zustehe, da sie ja die Erwägung einseitiger Interessen ausschliesse, es vielmehr nur der Rechtsfestsetzung für die Ausübung der Herrschermacht des Staates bedürfe. Das ist natürlich nie Parteisache. Dann kann auch das Einzelinteresse des Beschuldigten an möglichst günstiger Auffassung der Straffrage nicht als derart sachlich berechtigt anerkannt werden, dass es zur selbständigen Vertretung gelange — eine Consequenz, die z. B. Friedmann aus dieser Auffassung zieht, da, wo er eine öffentlich-amtliche Vertheidigung fordert¹⁾: der Angeschuldigte ist eben nichts Anderes als Rechtsobjekt der Strafpflicht. Diese Theorie, welche meines Erachtens den innersten Gedanken der ganzen Reformbewegung im Strafprozess übersieht — eben das Streben, dem Einzelnen, dem Beschuldigten die Stellung als Rechtsobjekt zu verschaffen und zu wahren, seine selbständige Rechtssphäre als einen Faktor in unserem Rechtsstaat anzuerkennen —, geht von einer nicht allseitigen Erkenntniss des sachlichen Interesses im Strafrecht aus.

Allerdings liegt die rechtspflichtgemässe Verfolgung des Strafrechts in der Aufgabe des strafenden Staats. Sie stellt aber keineswegs das sachliche Interesse dar, das im Staatsstrafrecht zur Geltung kommt, und das den Prozess in seiner Ausbildung beeinflusst. Das Interesse des Staates im Strafrecht ist die Werthung der Lebensgüter: ganz wie das Interesse des Einzelnen — nur dass der Staat die Güter mit Rücksicht

¹⁾ Grünhut's Z., XVII, S. 56 ff. Vergl. auch Heinze, Laband, John, Otto Mayer und Ortloff in ihren mehrfach citirten Schriften.

auf die Allgemeinheit schätzt. Bewachung dieser Güter, Berücksichtigung, Abmessung derselben im Einzelfall, ist die strafrechtliche Aufgabe des Staates, die nicht anders verwirklicht werden kann, als wie auch ein Einzelner die Lebensgüter seines Interessenkreises wahrt; nur die Gemeinschaft verlangt Regeln für die Geltendmachung, und diese sind in den Sätzen der Officialität, Legalität und der historischen Wahrheit enthalten. Aber deren Anwendung verlangt eine Prüfung der Sachlage, die immer freie Ermessenssache sein wird, eine Beobachtung der Lebensgüter, ein Abwägen derselben auf ihre Strafrechtsschutzbedürftigkeit, auf ihre Fähigkeit zur strafrechtlichen Beachtung. Es bedarf das Strafrechtsverhältniss wie jedes andere zu seiner Verwirklichung einer realen Erfassung der Rechtsgüter, die, wenn sie noch so sehr objektiv erfolgen soll, doch nicht bloss eine Feststellung des Rechts ist, sondern eine Schätzung der sachlichen Güter zur eigenen Lebenssicherheit bedeutet. Das subjektive Strafrecht ist eine sachliche Macht, eine Herrschaft über Lebensgüter gegenüber einem anderen an denselben Betheiligten.

Deren Ausübung ist eine Aufgabe, die gerade nicht dem Richter zufallen soll. Sie ist nach ihrer Natur einseitig — nicht nur, dass sie die Anschauung des Interessenten wegen seiner menschlichen Schwäche einseitig machte. Ihr steht immer ein Gegner mit seiner Art der Werthung und Berechnung der Lebensgüter gegenüber. Und sie macht eben deswegen den die Rechtsgewalt Fordernden weniger geeignet — trotz seines Strebens nach Anwendung rein objektiven Rechts —, dass er dieses allein sich und dem Gegner bestimme.

Dies ist das sachliche Interesse des Staats im Strafrecht, das nothwendig zur Darstellung gelangen muss: ist aber der Richter der alleinige Vertreter des Staates oder der alleinige Darsteller des staatlichen Interesses am Strafrecht, so muss er eben auch diese einseitige Rechtsgewalt vertreten, die wir überall vom Richter fernzuhalten uns bemühen, für deren Vertretung wir selbständige, vom Richter unabhängige Subjekte in einem Rechtsverfahren einstellen müssen.

Gerade die Seite des staatlichen Interesses, dass das Strafrecht streng gemäss dem objektiven Recht zu erfüllen sei und streng auf der Grundlage historischer Wahrheit, der Ausgangspunkt der heute zumeist massgebenden Betrachtungen, die den Staat sachlich unparteiisch macht und welche dafür angeführt wird, dass der Staat nicht „Partei“ in einem Prozess sein könne —, macht einmal nicht das gesamte Staatsinteresse aus: soweit es besteht, soweit ist es freilich vom Richter zu gewährleisten, aber das ist auch die Aufgabe des Richters im Civilprozess. Die Vertretung des Interesses sonst aber braucht damit noch keineswegs auf den Richter überzugehen, wenn dieser vielleicht auch im Strafprozess mehr als im Civilprozess zur Ueberwachung der Interessenvertretung des Staates herbeigezogen wird.

Ebenso wird zumeist gesagt, das Interesse auch des Beschuldigten gehe einfach auf möglichst gerechte Beurtheilung, und da es sich danach mit dem des Staates decke, so bedürften dieselben keiner gegensätzlichen Parteistellung. Ist aber das wirklich das sachliche Sonderinteresse des Beschuldigten? Ist das nicht vielmehr ein Interesse, das für Jedermann gilt? Auch im Civilprozesse von den Parteien gleichermaassen vertreten wird, von denen wir doch nicht annehmen dürfen, dass die eine nur für sich, nicht auch für den Gegner Gerechtigkeit verlangt? Vielmehr geht das Interesse auf Freiheit von Strafe, unter der Behauptung der Gesetzmässigkeit des Handelns, sei es, dass der vom Staat unterstellte Thatbestand als falsch bezeichnet, sei es, dass seine Uebereinstimmung mit dem Rechte vertreten wird. Dies ist so schroff dem staatlichen Rechte auf Unterdrückung des Unrechtes in diesem Falle entgegengesetzt, dass es von diesem gewiss nie vertreten werden kann. Seine Erkenntniss, die mit der Erkenntniss der streng historischen Wahrheit und der Subsumption der Thatsachen unter das Recht zusammentrifft, bewegt sich genau in derselben Richtung wie die Erkenntniss civiler Interessen; nur ist sie von viel grösserer Schwierigkeit, da es sich um viel wichtigere, feiner zu wägende Lebensgüter handelt. Es bedeutet aber — ganz anders als das Interesse an einer

gnadenweisen, milden Behandlung — ein subjektives Recht des Einzelnen, denn es fällt mit dem Recht auf freie Betätigung innerhalb der Rechtsschranken zusammen, mit dem Recht auf Freiheit von Hemmungen, die nicht ausdrücklich genannt sind, das zwar erst der Staat giebt, das er aber nicht beliebig verkümmern darf. Und deswegen beansprucht es Schutz durch einen Prozess mit selbständiger Parteistellung.

Somit bleibt das Verhältniss des Strafprozesses zum Strafrecht das Gleiche, wie das des Civilprozesses zum bürgerlichen Recht: das Rechtsverfahren ist hier wie dort eine vollgültige, ja nothwendige Form zur Verwirklichung der Rechtsverhältnisse gemäss dem Gesetze unter Wahrung der zweiseitigen Interessen. Es ist nicht der geringste Grund für die Ansicht Zucker's¹⁾ zu sehen, dass das Strafurtheil im Gegensatz zum Civilurtheil erst ein staatliches Strafrecht schaffe, nicht bloss das schon bestehende declaratorisch feststelle.

Eigenartig ist dem Strafrecht nur das Eine: es soll nicht anders als im Prozess verwirklicht werden²⁾. Aber auch dies kann einen wesentlichen Unterschied zwischen den zwei Prozessarten nicht begründen. Denn die Gründe, die im Civilrecht zur Ermöglichung des Prozessweges führen, sind im Strafrecht als ganz die gleichen nur in derart erhöhtem Maasse vorhanden, dass wir heute eine andere Verwirklichung als durch den Prozess nicht für angezeigt erachten: Die Nothwendigkeit, dass möglichst genau und gewissenhaft die historische Wahrheit des Rechtsthatbestandes erkannt und nur dem bestehenden verpflichtenden Gesetze entsprechend das Rechtsverhältniss geregelt werde, eine Forderung, die bei der von Natur gegebenen Ungleichheit zweier Rechtsinteressenten von diesen allein nicht erfüllt werden kann. Weil diese Gründe in so absoluter Weise nur für den Staat gelten, so kann von einer Ausschliesslichkeit des Strafprozesses auch nur im Staatsstrafrecht geredet werden.

¹⁾ Grünhut's Z., XV, 319 — dagegen schon Friedmann a. a. O., S. 45, 78, 79, Anm. 11 — siehe unten § 28, S. 151.

²⁾ Ausnahmen siehe § 17, S. 75.

Aus dem Wesen des Strafrechts aber, namentlich daraus, dass es eine „absolute Grösse“ sei (Heinze), kann ich nicht einen Grund für die Nothwendigkeit des Prozesswegs erkennen: diese Eigenschaft wird wohl überhaupt von Vielen dem Strafrecht abgestritten werden. Auch dass die Strafpflicht oder die Legalität den Prozess nothwendig mache, kann ich, wie ich schon bei der Darlegung dieser zwei Principien erklärte, nicht zugeben: denn gerade die hier wichtige Frage: ob auch wirklich verfolgt werde, kann von einem Richter, der zudem selbst nicht weiterer Aufsicht unterliegt, nicht beaufsichtigt oder garantirt werden, wenn er unparteiisch bleiben soll. Auch heute hat die Garantie hierfür, wie sie unsere Prozessordnung in den §§ 170 ff. enthält, mehr staatsrechtliche, als irgend welche prozessrechtliche Bedeutung¹⁾. Ja, es möchte sogar ernstlicher Erwägung werth sein, ob überhaupt die Ausschliesslichkeit des Strafprozesses in vollem Umfang beizubehalten sei, ob nicht in einfacheren Fällen ein Schuldigplaidiren des Angeklagten zu einem summarischen Verfahren sollte führen können.

Danach kann ich auch Bierling nicht Recht geben, der eben aus der Absolutheit des Strafprozesses einen Wesensunterschied desselben gegenüber dem Civilprozess ableitet²⁾: das Strafprozesssverhältniss habe nicht bloss die sekundäre Bedeutung des Civilprozessverhältnisses, es schaffe nicht bloss ein Surrogat des Rechtsverhältnisses, sondern erfülle es selbst, es sei nur ein Theil desselben. Warum der heutige Civilprozess nur ein Surrogat des alten Rechtsverhältnisses schafft³⁾ und warum der Strafprozess seine Selbständigkeit verliert, habe ich bei Bierling nicht verstanden.

¹⁾ Laband, Staatsr., 3, II., S. 405, § 89.

²⁾ Z. X a. a. O., Nr. 3, V, VI. Siehe auch Ullmann, Lehrbuch des Deutschen Strafprozesses, § 1.

³⁾ Selbst die Idee formeller Wahrheit kann m. E. hier zur Erklärung nicht helfen. Vergl. § 15, S. 67.

§ 20.

In diesen Punkten ruht die Verwandtschaft und der Gegensatz der Prozessarten: beide haben für die Rechtsverhältnisse, denen sie dienen, die gleiche Bedeutung: Gewährleistung des objektiven Rechts, wozu sie freilich beide nur Einrichtungen des gesetzgebenden Staates sein können. Daher wird auch der Strafprozess stets danach streben, dass er sich seinem Bruder gleich entwickle; bei diesem war nach der Natur der Rechtsverhältnisse und ihrer Stellung zum Staate die theoretische und praktische Formirung und Ausbildung der Begriffe leichter, während die philosophische Besonderheit des Strafrechts und seine Verbindung mit dem Staate die Erkenntniss des Rechtsverhältnisses erschwerte.

Der Strafprozess darf also auch nicht bloss die Form des Civilprozesses annehmen: entweder bedarf das Strafrecht nicht des Prozesses, dann ist auch diese Form überflüssig, ja schädlich, da ihre Anwendung den Anschein erweckt, als ob wirklich prozessuale Garantien der Rechtsverwirklichung geboten würden, oder der Strafprozess ist für die Verwirklichung des objektiven Rechts so nöthig wie der Civilprozess, dann soll er auch in seinen Grundsätzen demselben gleichgebildet sein. Es liegt allerdings in der Natur des Staates, dass er von seinem Standpunkt als Strafverfolgender den Prozess für unnöthig erachtet, da er einmal in möglichst engen Schranken und nur langsam selbständige Rechte des Einzelnen ihm gegenüber anerkennen kann, und da er auch annehmen darf, dass er schon anderswie genügende Garantien für eine rechtsgemässe und sichere Handhabung der Strafgewalt biete. Aus dieser Erwägung und aus der weiteren, dass ja doch der Strafverfolgende wie der Rechtsprechende, beide immer seine Organe sein müssen, wird der Staat einen Strafprozess annehmen, in welchem er nach der Form zwar die gern zugestandenen Garantien der Gesetzmässigkeit zu bieten scheint, der aber doch nicht die Interessen des Gegners zu stark zur selbständigen Geltung gelangen lässt. Dann bedürfen wir keiner Prozesssubjekte, die als wahre, selbständig berechnigte Par-

teilen auftreten, sondern es werden nur zum besseren, allseitigen Vortrag der Verhältnisse Parteien formirt.

Wenn auch der Ausgangspunkt der Entwicklung unseres heutigen Prozesses, nämlich der alte Untersuchungsprozess, genug Anlass gab, dass derartige Anschauungen praktische Geltung erlangten, so ist doch nicht zu verkennen, dass die Reform etwas Anderes verlangte: nämlich einen wahren Parteiprozess als Garantie des Rechtsstaats. Ein solcher wird heute für nöthig zur Erhaltung unseres öffentlichen Lebens angesehen, sobald es sich darum handelt, zwei subjektive Rechtssphären nach der Norm des Gesetzes gegeneinander abzugrenzen. —

Dass dies im Strafrecht ebenso wie im Civilrecht und Verwaltungsrecht der Fall ist, habe ich oben auseinander-gesetzt. Es wird das auch seit langem und von vielen anerkannt, wenn auch vielleicht nicht immer so scharf ausgesprochen. Für eine Reihe von Darstellungen des Strafprozesses ist dies Verhältniss die Grundlage¹⁾. Aber wir dürfen nicht verkennen, dass es weder allgemein als richtig angenommen wird noch auch in der Praxis entsprechende Berücksichtigung gefunden hat. Dem kommt die Schwierigkeit zu statten, die es heute bei uns noch haben muss, wenn wir dem Einzelnen die Wahrung seiner Interessen selbständig überlassen: es ist nicht bloss ein sofort zu beseitigendes Ueberbleibsel todter Zeiten, dass der Staat bei uns noch für die Wahrung der Individualrechte patrimonial zu sorgen bestrebt ist. Aber es entspricht der wachsenden Kraft und Macht des Einzelnen in seiner öffentlichen Stellung, dass er für deren Erhaltung selbst am ehesten zu sorgen im Stande ist und dieselbe für sich beanspruchen darf.

Aber sehr selten wird als Grundlage der Parteistellung das materielle Rechtsverhältniss betrachtet, zumeist wird gerade die „materielle Parteistellung“ geläugnet und nur von einer „formellen“ gesprochen²⁾, die freilich in verschiedenem Sinne

¹⁾ Vergl. z. B. nur v. Kries, Lehrbuch.

²⁾ Besonders seit Heinze. Vergl. auch Friedmann bei Grünhut, XVII, sogar Gneist, z. B. XII. Deutscher Juristentag, III, S. 233.

aufgefasst wird. Deren Begründung ist bisher so wenig gelungen, dass fast jeder Theoretiker zu anderen Ergebnissen kommt, und nur das praktische Bedürfniss meist wieder die Ansichten vereinigt. Wie weit aber die Idee der formellen Parteistellung führt, die aufs Engste mit der Darstellung des Strafverfahrens als einer Staatsfunktion zusammenhängt, wie falsch sich von hier aus unser heutiger Prozess zeigt, das beweist am besten H. Meyer's Schrift: „Die Parteien im Strafprozess“ ¹⁾. Gerechtigkeit ist danach das einzig geltende Princip; sachliche Interessen, die von aussergerichtlichen Organen selbständig vertreten werden könnten, bestehen gar nicht. Daher kann selbstverständlich Privatklage nicht möglich sein, sondern nur das Gericht allein (natürlich nie ein von der Regierung ganz losgelöstes Geschworenengericht) die Strafrechtspflege handhaben, oder wenn man durchaus das Schauspiel contradiktorischen Verfahrens haben will, so dürfen doch nur Gerichtspersonen die Rollen der Streitenden übernehmen. Der richterlich unparteiische Staatsanwalt ist gegenüber dem staatlichen Vertheidiger am besten berufen, einseitig die Verfolgung zu besorgen, während der einmal vorhandenen abhängigen Staatsanwaltschaft die Aufgabe zugewiesen ist, die Polizei zu verwalten. Der Beschuldigte ist rechtloses, willenloses Objekt der Untersuchung, die ohne Schwierigkeit wieder alle Errungenschaften des nichtreformirten Strafprozesses in sich aufnimmt. Dem gegenüber stellt Meyer als Folgen der heutigen Auffassung von den Parteien als Vertretern entgegenstehender Interessen die Thätigkeit der Strafverfolgung als nicht wesentlichen Theil der Rechtspflege, sondern als einfache Vertretung der Justizverwaltung zur Ermöglichung der Rechtsprechung hin; das Auftreten eines Vertheidigers sei hier erst nach Anklageerhebung, die heute der wahre Prozessbeginn sei, folgerichtig; ebenso consequent aber sei es, dass der Staatsanwalt in der Beweissammlung und durch Rechtsmitteleinlegung für den Gegner Sorge. Folgerichtig sei ferner überhaupt die Machtlosigkeit des Angeklagten,

¹⁾ 1889.

seine Gleichberechtigung mit dem Staatsanwalt durchaus nicht selbstverständlich; dahingegen mache dieses Verhältniss das inquisitorische Eingreifen des Gerichts zur Ausgleichung dringend nothwendig.

Ich glaube, ein einfacher Hinweis auf meine Darstellung der im Strafrecht auftretenden Interessen genügt, um zu zeigen, dass ich diese Auffassung unseres heutigen Prozesses nicht für richtig halten kann. Es wird sich in der Folge ergeben, welche Art der Verwirklichung die Strafrechtsinteressen verlangen, und ob der heutige Prozess dem gerecht wird, ob er, wie Meyer's Darstellung anzunehmen scheint, folgerichtig construiert ist.

Auch im Verwaltungsprozess haben wir vielfach dasselbe Verhältniss wie im Strafprozess. Auch hier sind zwei zu Rechten ausgebildete Interessensphären, deren eine meist der Staat vertritt, nach dem Gesetze abzugrenzen, was ebenfalls nur durch einen Richter geschehen kann. Da hier die Erkenntniss der Rechtsverhältnisse und ihre Ausbildung bei der erst verhältnissmässig spät erfolgten Bildung unseres Verwaltungsrechts mit seinen Begriffen von subjektiven öffentlichen Rechten, ganz der neuen Zeit angehört, ja noch viel heftiger bestritten wird wie für das Strafrecht, so darf es uns nicht wundern, dass dieser Zweig des Prozesses noch weniger dogmatisch ausgestattet ist, als das alte Strafverfahren. Zudem kommt noch die Erscheinung, dass im verwaltungsrechtlichen Streitverfahren nicht nur Rechtskreise geordnet werden, sondern auch andere Interessen gegenüber dem Staate Schutz finden, für welche allerdings die Verwaltungsrechtspflege nichts anderes als eine „Form der Ausübung staatlicher Herrschergewalt“ ist, Interessen, die selbständige rechtliche Geltung bei uns nicht beanspruchen können, denen daher auch eine Parteistellung sachlich nicht entspricht. Das sind Ideen, die schon O. Bähr¹⁾ vorgetragen hat, und die wesentlich z. B. auch L. v. Stein²⁾ vertritt, während u. A. Laband³⁾ die Vertretung

¹⁾ Der Rechtsstaat 1864.

²⁾ Grünhut, VI, 1879, S. 27 ff., 297 ff.

³⁾ Staatsrecht, 3, § 84, S. 339, 2. Bd.

der Interessensekreise bei der Rechtsfestsetzung unberücksichtigt lässt. O. Mayer¹⁾ nimmt die Befugnis freien schöpferischen Ermessens in den Begriff des Verwaltungsgerichtes auf, während gar Gneist²⁾ und neuestens Otto Müller³⁾ den allgemeinen Begriff der Rechtspflege hier völlig als nicht vorhanden erklären. Gneist sieht im Verwaltungsprozess nur eine Handhabung des objektiven Rechts, eine neue Gestalt des Verwaltungsdecernates. Es handelt sich nach ihm hier nicht um zwei gleichartige collidierende Rechte, vielmehr ruht die Verwaltungsjurisdiktion auf dem Gedanken, dass die Staatsgewalt um ihrer selbst willen eine unparteiische Handhabung ihrer eigenen Gesetze will. — Gewiss! Aber schliesst denn dieser Grundsatz aus, dass wir es mit „Rechten“ zu thun haben? Müssen sich nicht die Gesetze auch für den Staat zu subjektiven Rechtsverhältnissen individualisieren? Und über diesen steht der Richter genau so wie im Civilrecht. Müller, der m. E. den Begriff „Justiz“ völlig unzureichend an der Hand einer nicht massgebenden Ausbildung der früheren Theorie definirt und viel zu eng sich an die heutige partikuläre Ausbildung des Verwaltungsprozesses hält, zählt ebenso die Verwaltungsrechtspflege zur Verwaltung, und bestimmt sie rein formell nach der Mitwirkung von Parteien, die ein Recht auf Gehör haben. Es muss auch hier erst die weitere Entwicklung der Gesetzgebung und der Praxis lehren, welche Anschauung im Rechte ist.

§ 21.

Ich habe bisher dargelegt, wie wir das Wesen des Strafrechtsverhältnisses aufzufassen haben, und wie wir dem entsprechend das Wesen des Strafprozesses, wenn wir überhaupt von einem solchen ernstlich reden wollen, uns erklären müssen. Ich bin nicht auf irgend welche weitere Forderungen unserer

¹⁾ Deutsches Verwaltungsrecht, I, § 13.

²⁾ Z. B. Der Rechtsstaat (insbesondere S. 159) und Verhandlungen des XII. Deutschen Juristentages, 1875, III, S. 221 ff.

³⁾ Die Begriffe der Verwaltungsrechtspflege und des Verwaltungsstreitverfahrens u. s. w. 1895, S. 27 ff.

Zeit bezüglich des Rechtsverfahrens: auf Mündlichkeit, Oeffentlichkeit des Verfahrens und Mitwirkung nichtständiger Richter eingegangen, weil das, obwohl es im engsten Zusammenhange mit der Umgestaltung des alten Prozesses steht und zu den Essentialien des Prozesses unserer Rechtsanschauung gehört, doch auf unsere Frage der Parteistellung nicht unmittelbaren Einfluss hat. Gewiss haben eben diese drei Forderungen zur Folge, dass schon um der grösseren Klarheit der Verhandlung halber wenigstens formell zwei Parteien vor Gericht auftreten. Das Wesen der Sache jedoch scheint mir das weniger zu berühren.

Ich habe aber noch nicht untersucht, ob die praktische Ausgestaltung unseres Strafverfahrens den theoretischen Anforderungen entspricht und ob wir diesen gemäss die Weiterbildung unseres Verfahrens erstreben sollen.

Unser moderner deutscher Strafprozess, der auch in unserer Reichs-Strafprozessordnung erscheint, wird als reformirtes, auf dem Anklagegrundsatz beruhendes Verfahren dem ehemaligen Untersuchungsprozess gegenübergestellt. Sein Wesen ist freilich hiermit noch wenig klargestellt. Doch das eine ist sicher, dass er mit dem alten Anklageverfahren nicht viel gemein hat, wenn auch zu Anfang der Reform diese Anschauung bei vielen geherrscht haben mag. Verfolgen wir die geschichtliche Entwicklung der Idee, die jeweils in dem Strafverfahren zum Ausdruck kam¹⁾, so finden wir, dass das alte deutsche Recht im wesentlichen nur das private Klagverfahren kannte, wobei der Verletzte sein Interesse vor Gericht wie in einer Privatsache vertrat. Dabei liess das Fehderecht, wie die Art des Volksgerichts und des formalistischen Beweises eine Vertretung öffentlicher Interessen nicht zu, daher in gewissem Sinne das damalige Anklageverfahren und das Princip des öffentlichen Interesses am Strafrecht sich gegenüberstehen. Als in der Karolingerzeit das öffentliche Inter-

¹⁾ Vortreffliche kurze Darstellung der Entwicklung der Staatsanwaltschaft giebt Mittermaier's Aufsatz über dieselbe in Welcker's Staatslexikon 1865, 3. Aufl., Bd. 13, S. 541.

esse auf diesem Gebiet rege wurde, musste es besondere Wege suchen, auf denen es zur Darstellung gelangen konnte. Es wurde zuerst nur der private Ankläger unterstützt, oder wenn er todt war, wurde sein Privatinteresse von der Gemeinschaft verfolgt. Daneben kam das Rügeverfahren auf, in welchem auf den *clamor publicus*, die *denunciatio*, hin öffentliche Beamte, die Schultheissen, Schöffen und Sendboten das schlechte Verhalten rügten, wie das auch noch in den Vehmgerichten geschah. Hiermit aber wurde nur die Polizeigewalt des Landesherren ausgeübt; selbst wenn die Rügenden als Kläger hervortraten, so verfolgten sie nicht eigentlich ein öffentliches Strafrecht; doch ist es nur natürlich, dass gerade durch diese Einrichtung das öffentliche Interesse immer mehr erwachte und erstarkte. Mit dem Wachsen der landesherrlichen Polizeimacht erlangte auch das Rügeverfahren immer mehr Ausdehnung; es war ja auch dem Privatverletzten bei weitem bequemer und daher immer mehr auch für ihn der Weg zur Genugthuung. In den Städten aber insbesondere, wo viel schlechtes Gesindel verkehrte und man den landschädlichen Leuten gegenüber nicht viel formelles Verfahren verlangte, entwickelte sich das Richten auf bösen Leumund und damit die völlige Abkehr von dem Gedanken, dass die Strafe einer unrichten That gelte. Immer aber, ja noch bis zur Carolina, blieb das alte Klagverfahren das allein regelrechte: der Gedanke, dass von der Gemeinschaft aus und für sie allgemein Strafe gefordert werde, drang erst langsam durch. Dazu verhalf das allmähliche Verschwinden der Volksgerichte: je mehr gelehrte Richter auftraten, um so mehr zog sich der Private zurück und überliess alles den Beamten, mit denen er doch nicht zurecht kam. Alle diese Richter und Beamten waren die Gehülfen und Diener des Fürsten, seiner Regierung, deren Idee sie als Juristen ja verbreiteten, mit der sie schon durch Standesrücksichten verbunden waren.

Auf diesem Boden konnte der Untersuchungsprozess wachsen, zu dem andere Ursachen gehörten. Das öffentliche Interesse war allerdings überall erwacht und die nothwendige Grundlage der Inquisition des Richters. Es hätte aber ebenso-

wohl eine andere Verwirklichungsform finden können: mit dem Untersuchungsverfahren ist es nicht nothwendig verbunden.

Die Inquisition stammte vielmehr aus einer der bisherigen entgegengesetzten Auffassung der Gerichtsgewalt. Es sollte der Richter nicht mehr einfach das Recht für andere festsetzen, sondern selbst die subjektive Rechtsgewalt handhaben: Der Ursprung dieser Idee lag im geistlichen Disciplinarwesen. Auch vor den geistlichen Gerichten hatte sich neben dem römisch-germanischen Anklageprozess das Rügeverfahren entwickelt. Hier aber verband sich dasselbe mit der aus dem päpstlichen Oberaufsichtsrechte sich ergebenden Untersuchung: Es wurde sodann nicht mehr erst die Rüge eines dazu berufenen abgewartet, sondern zur energischeren Handhabung der Rechtsgewalt übte der Richter, der Vertreter der Obrigkeit, das kirchliche Strafrecht schon auf eine *denuntiatio* hin aus, in welchem er dann allein thätig war. Hier wurde das kirchlich-römische Recht angewendet mit seinem materiellen, feiner entwickelten Beweise. Wer hätte den anders führen können, als ein Jurist, und wer anders war ein solcher, als der geistliche Richter selbst? So half auch dieser Umstand dazu, dass aussergerichtliche Personen von der Theilnahme an der Rechtspflege ausgeschlossen wurden, die ja schon bei dem geistlichen Disciplinarwesen nur des Richters bedurfte. Dieses Verfahren, bei der Ausdehnung der Kirche schon weitverbreitet, durch die Doktrin mit dem römischen Recht in Verbindung gebracht, verallgemeinerte sich auch über weltliche Gerichte und führte die Idee der polizeilichen Vertretung der Regierungsgewalt in den Begriff des Gerichtes ein. Nicht nur das Bedürfniss besserer Rechtshandhabung, die beim Zerfall des alten öffentlichen Volkslebens auch unterzugehen drohte, kam dem entgegen, sondern wesentlich auch das Streben, der Wunsch der Landesherren nach Stärkung ihrer Macht durch die Gerichtsgewalt. Hier war der Richter der Vertreter des Landesherren, der nicht mehr objektiv das Recht zu erforschen strebte, sondern eine Verurtheilung herbeizuführen suchte. Und als die Staatsgewalt das Verfahren nach vielen Kämpfen einmal derart in der Hand hatte, war kein

Grund vorhanden, es wieder aufzugeben: sie war ja thatsächlich die einzige Macht zur Strafrechtshandhabung, deren öffentliches Interesse auch mit Recht erkannt war; da aber der Einzelne als solcher ohne staatliche Rechte war, so konnte Niemand gegen die Machtstellung des Richters irgend etwas einwenden. Das Verfahren war so religiös-patrimonial gedacht und veranlagt wie der ganze Staat selbst. Seine ganze Ausbildung in späterer Zeit bewegt sich nur in diesem Sinne. Und so musste es erst mit dem Moment — aber dann auch sicher — zu schwanken beginnen, in welchem auch der Patrimonialstaat unterging. Da auch die ungebundene Stellung des Richters, der vielfach nur durch Instruktionen, nicht einmal durch Gesetze geleitet war, den Beschuldigten immer mehr bedrückt gestellt hatte, so begann der Kampf gegen das ganze Verfahren, oder anfangs nur gegen einzelne besondere Härten desselben, sobald das Ringen um die Besserstellung des Einzelnen im Staate begann. Aber es ist ja selbstverständlich, dass die Reform nicht etwa theoretisch die Grundideen des Verfahrens im Streite aufsuchte, sondern praktisch die einzelnen Schäden beseitigt wissen wollte, wenn auch namentlich die Naturrechtsschule allen Forderungen einen theoretisch-philosophischen Anstrich gab, der sogar später recht verderblich wirkte. Und hieraus erklären sich zwei Eigenarten unserer heutigen Theorie: die Ungewissheit, ob die Reform des Prozesses rein eine prozessuale oder zugleich auch eine staatsrechtliche, politische ist, und der Gegensatz zwischen den Grundsätzen der Sache selbst, und der Verwirklichungsform.

Der Gegensatz der Prozessart, welche als Ergebniss der Entwicklung heute bei uns herrscht, gegen die frühere des sogen. Untersuchungsverfahrens, wird meist rein auf prozessualem Gebiete gesucht, wenn auch eine Reihe von Schriftstellern die staatsrechtliche Bedeutung der Reform hervorhebt.

So hat schon Planck¹⁾ die Gegensätze als prozessuale gekennzeichnet, Zachariä²⁾ sie als solche aufgefasst; Glaser

¹⁾ Systemat. Darstellung, 3. Buch, § 60.

²⁾ Strafprozess, § 11, I, S. 40 ff.

behandelt sie wesentlich nur nach dieser Seite, v. Kries baut rein prozessual seine Begriffe auf. Gewiss ist auch dieser Gegensatz der für unsere dogmatische Darstellung in erster Linie massgebende; wenn ein anderer ausser ihm angegeben ist, so muss er im prozess-rechtlichen Gegensatz zur Geltung kommen. Dieser letztere kann aber umgekehrt nicht der hauptsächliche, wesentliche sein: denn der Prozess ist nicht Selbstzweck. Im Rechte, dem er dient, muss die Bestimmung seines Wesens gesucht werden. Und wie dessen Anschauung aufs Engste mit der allgemeinen rechtlichen Gestaltung des Staatslebens und der Stellung des Einzelnen im Staate verknüpft ist, wie hiermit das Wesen des Rechts überhaupt zusammenhängt, so auch empfängt der Begriff des Prozesses seine innerste Ausgestaltung erst im Zusammenhang mit dem Staatsrechte. In diesem kann allein die Stellung des Gerichtes erklärt werden und dementsprechend die Stellung der Parteien, allein die Aufgabe der Rechtssprechung gekennzeichnet werden, die eine der wesentlichsten staatlichen Funktionen ist. Tritt aber dazu im Prozess der Staat als sachlich interessirter auf, so ergibt sich hieraus eine noch engere Verbindung der zwei Gebiete. So kann das Wesen des Strafprozesses nicht allein prozessual dargelegt, sondern es muss auch staatsrechtlich aufgefasst werden. Ja, auf diesem Gebiete liegen seine Grundprobleme der Stellung der Prozesssubjekte und der Richtung ihrer Thätigkeit.

Im gemeinrechtlichen Untersuchungsprozess war alles auf Verurtheilung des Beschuldigten angelegt, der einfach als machtloser, der Staatsgewalt willenlos unterworfenener Unterthan galt: das Streben des Richters ging darauf, das Verfahren zielte dahin, der Gang der Beweiserhebung war zu diesem Zweck geordnet. Hieraus erklärte sich die Folter und überhaupt das Verlangen, dass der Beschuldigte zur Wahrheit solle gezwungen werden können; deswegen konnte auch die Aufhebung der ersteren diese Anschauung nicht beseitigen: die Lügenstrafen und geistige Tortur traten an ihre Stelle. Hieraus erklärt sich die anfängliche Scheidung des Verfahrens in General- und Spezialinquisition, wobei in ersterer zur all-

gemeinen Information des Inquirenten, in der zweiten mehr zum formalen Abschluss des schon vorher festgestellten, jedoch immer gegen einen Thäter und immer durch das Gericht, das frei von Formen handeln konnte, untersucht wurde; das Verlangen auf Ueberführung überwog dabei das auf Wahrheit, so dass die in dem ersten Theil hervortretende Verfolgung des Staates ganz überwiegen, die reinere Form der Rechtsprechung des zweiten Theils darin aufgehen und der Unterschied wegfallen konnte. Und hieraus allein ist die Besonderheit der Urtheilsarten zu verstehen, bei denen die Einseitigkeit der Verfolgung so recht hervortrat.

Dem gegenüber wurde die Aufgabe des Prozesses wieder Feststellung des Rechtes gegen einen sachlich berechtigten streng entsprechend dem genau festgestellten Thatbestande: nur bei absoluter Sicherheit des letzteren soll der Richter verurtheilen. Die Richtung der Untersuchung musste eine andere werden: nicht bloss Ueberführung des Thäters, sondern auch Beachtung der hervortretenden Zweifel wurden verlangt, wozu eine gesetzliche Beweistheorie nicht mehr genügte. Dem entsprechend musste sich der Charakter des Prozessganges völlig ändern, da die zwei Seiten: Verfolgung und Vertheidigung stärker abgegrenzt einander gegenübertraten, da die verfolgende Richtung der Voruntersuchung weniger den Prozess beherrschen, dahingegen die klare, vorurtheilslose Erkenntniss des Rechtsverhältnisses in den Vordergrund treten sollte, wozu noch die Forderung der Unmittelbarkeit der Anschauung, die Oeffentlichkeit, Mündlichkeit, das Laienelement wesentlich beeinflussend kamen. Und insbesondere erlitt auch das Urtheil eine wesentliche Umgestaltung, da für die zweideutigen Aussprüche des früheren Verfahrens kein Raum mehr war, und eine formelle Genauigkeit wie materielle Gewissheit zum schärferen Ausdruck kommen sollten. So wurde auch die Aufgabe des Richters enger, aber ungleich höher und die Unabhängigkeit des Gerichts war prozessual ermöglicht. Es wurde aber auch Raum für die Selbständigkeit der natürlich stets nothwendigen Thätigkeit reiner Verfolgung. Demgemäss sehen wir die parteimässige Mitwirkung bei der Stoffsamm-

lung, die Beschränkung auf eine bestimmte That eintreten und damit eine streng gegliederte und geregelte Aufgabenvertheilung.

Und daher ist der Gegensatz des modernen und des ehemaligen Strafprozesses in seinem Grunde ein staatsrechtlicher. Es handelt sich bei ihm um die Frage, wie der Einzelne dem Staat gegenüber steht, wie der Staat in der allgemeinen Rechtsordnung sein Interesse am materiellen Strafrecht zur Darstellung bringt, und wie er hierzu die Organisation des Prozesses gestaltet, insbesondere wie er dementsprechend das urtheilende Gericht stellt. Diese Punkte werden von den meisten rein prozessual ausgedrückt, erst neuestens auch vom Staatsrecht aus erörtert¹⁾, aber alle Darlegungen und Verbesserungsvorschläge zielen wieder nach ihnen hin. Nur von dieser Seite kann daher das Wesen des heutigen Strafverfahrens und sein Unterschied vom früheren völlig erklärt werden. Im Verlauf der Reform machte sich ihr staatsrechtlicher Grundzug rein politisch geltend: die politischen Tagesparteien kämpften um den Prozess, in dem sie ihre Grundsätze und Forderungen verwirklicht haben wollten. Das bedeutet aber noch keineswegs, dass sich hiermit nicht auch rein juristisch-prozessrechtliche Anschauungen verbinden konnten und dass jene politischen Forderungen in der Wissenschaft nicht rechtliche Gestalt annahmen: solche Rechtsdeduktionen waren dann nicht etwa bloss Deckmäntel für politische Tendenzen, wie Biener dies für die Jury darzustellen sucht²⁾.

Wie aber schon hierbei nicht verkannt werden darf, dass die Umänderung nur eine allmähliche, auf praktische Einzelheiten sich beziehende sein konnte, und daher die Gegensätze nicht in voller Schärfe zum Ausdruck kamen, so gilt das noch mehr für die Frage, ob die Reform des Prozesses nur eine formelle ist oder ob sie auch das sachliche Strafrecht berührte. Diese Frage deckt sich mit der ersteren nur so weit als das Strafrecht zugleich staatsrechtliche Bedeutung hat; soweit es

¹⁾ Siehe Gneist, Vier Fragen 1874, S. 4.

²⁾ Das englische Geschworenengericht 1852, I, S. 32.

aber darüber hinaus unabhängig vom Staate zu betrachten ist, erlangt diese zweite Frage selbständige Bedeutung.

Nach meiner Darlegung findet das Strafrecht seinen juristischen Ausdruck als ein gewöhnliches rechtlich geordnetes Interesseverhältniss. Das muss, wenn es richtig ist, auch allgemein und für frühere Zeiten sowohl wie für heute gelten. Es ist das aber eine Anschauung, die wir erst auf Grund unserer modernen Rechtsanschauungen gewinnen können, da diese uns das Wesen des Rechts geschichtlich und dogmatisch klarer zur Erkenntniss bringen. In früheren Zeiten wurden dem Strafrecht besondere religiöse oder philosophische Ideen beigemengt, man sah in ihm einen ganz besondersartigen Rechtsschutz, objektives Recht selbst, das menschlicher Einwirkung nicht in der Weise unterliege, wie das Privatrecht. Diese Idee muss verschwinden, je mehr man nüchtern aus der Geschichte erkennt und im realen Leben beobachtet, dass das Verbrechen einfach Nichtachtung und Verletzung sozialer oder individueller Interessen ist, wie überhaupt jedes Unrecht, und die Strafe ein Rechtsmittel zum Schutz dieser menschlichen Rechtsinteressen wie jedes andere rechtliche Hilfsmittel. Dem entsprechend muss die Stellung des subjektiv zur Strafe berechtigten und des straffälligen sich ändern und mit der neuern Anschauung sich der Stellung der beiden im Rechtsleben überhaupt nähern: die andere Anschauung bringt ein neues sachliches Verhältniss hervor. Das hat natürlich auch einen sachlichen Einfluss auf die Rechtsverwirklichung, die sich aus dem Banne religiöser und übermenschlicher Ideen löst und sich auf den Boden der gewöhnlichen Verwirklichungsarten stellt und damit auch die Beweisfrage zu einer wesentlich anderen gestaltet, da ja jetzt erst einfach festgestellt werden soll, welches Rechtsverhältniss zwischen Staat und Beschuldigtem besteht. So wird die Reform des Prozesses nicht nur eine solche der Form, sondern auch der Sache: das innerste Wesen und die Grundsätze des Rechts und seiner Verwirklichung werden andere. Freilich hier ruht ein Hemmniss energischer Entwicklung, die allein von staatsrechtlichen Ideen aus sich leichter vollzogen hätte. Denn es ist die

frühere Anschauung über das Wesen des Strafrechts noch nicht verschwunden und nur ganz allmählich macht sie einer neueren Platz: immer noch bewegen sich die meisten Darlegungen über die Grundidee des Verbrechens und der Strafe auf einem menschlicher Erkenntniss entzogenen Gebiete: die an sich so berechtigte Scheidung des Polizeiunrechts vom kriminellen Unrecht ruht zumeist noch bewusst oder unbewusst auf einer unserem Rechtsleben sonst fremden religiös-sittlichen Anschauung. Aus diesem Grunde hält das Recht zäher an dem Gedanken des alten Untersuchungsprozesses, der längst allen Boden verloren hätte, wenn nur staatsrechtliche Ideen die Aenderung beeinflussten. Daher erkennt man auch meist in der Aenderung der Stellung des Richters nur eine formelle Aenderung und übersieht, dass die Stellung der Vertreter des staatlichen und des individuellen Interesse sich sachlich geändert hat.

§ 22.

Diese zwei Grundgedanken: der staatsrechtliche und der dem materiellen Strafrecht angehörende, sind nun freilich in unserem neuen Strafverfahren sehr wenig klar entwickelt. Als man das alte Strafverfahren umstossen wollte, bot sich als Angriffspunkt die hervorragendste Position dar: die des Richters, der völlig dominirte und in dessen alleiniger Thätigkeit alle Schäden hervortraten. Das Bestreben aber, das Ziel war wesentlich das: den Beschuldigten besser zu stellen, ihm eine den modernen Anschauungen über Individualrechte mehr entsprechende Stellung zu geben, anderseits aber den neueren Staatsanforderungen gemäss die Verbrechenverfolgungen energischer zu gestalten, was den politischen Anschauungen der Zeit entsprechend in den unklaren Satz gefasst wurde: „der bürgerlichen Gesellschaft müssen ihre natürlichen Rechte gegeben werden.“ Erst die weitere wissenschaftliche Ausbildung der Reform verband damit die Forderung, dass der Richter sachlich unabhängig nur das Recht sprechen solle. Kein Wunder daher, wenn gerade in Frankreich, zur Zeit, als sich dort der moderne Staatsgedanke bildete, diese Ideen zuerst realisirt

wurden, und dass man dabei auf das Land blickte, in welchem der Staat schon in seiner rechtlichen Organisation höher entwickelt und namentlich der Einzelne in einer freieren Stellung erschien, auf England.

Daher blieb auch die Reform des Strafverfahrens immer eine politische Forderung. Sie wurde aber bald auch durch die historischen Forschungen begründet, und dadurch auf eine tiefere, freilich wohl nicht immer richtige wissenschaftliche Basis gestellt. Zudem wirkten die schon lange vorbereiteten Umänderungen der rein prozessualen Beweistechnik und die den staatsrechtlichen Anschauungen Rechnung tragenden Ideen der Mündlichkeit, Oeffentlichkeit und des Laiengerichts auf eine tiefgehende Reform hin. Immer jedoch wurden praktische Einzelheiten angegriffen und daher die Einrichtungen von aussen her umgewandelt, so dass die neuen Gebilde oft noch das alte Princip halb und halb verwirklichten, und unter sich in den einzelnen Staaten kaum glichen. Dazu kam, dass die meist ausschlaggebenden konservativen Elemente, an alten Ideen festhängend, diese in den neuen Formen fortleben lassen und womöglich die neuen Einrichtungen zur Verwirklichung ihrer mit dem Strafverfahren gar nicht zusammenhängenden staatsrechtlichen Ansichten ausnutzen wollten¹⁾. So wurde aus dem neuen Verfahren nicht das, was es sein sollte, und immer und immer wieder drehte sich der theoretische Streit um Fragen, die erst mit der Prozessreform von anderer Seite verbunden wurden.

Es ist bekannt, was der geniale Schöpfer der französischen Gesetzgebung aus dem neuen Prozess gemacht, wie sehr er ihn zur Stütze seiner Regierungsgewalt zu schaffen gewusst hat. Dieser Prozess, in welchem der Staatsanwalt als Gesetzeswächter idealisirt war, in Wirklichkeit aber das brauchbare Werkzeug zur Beaufsichtigung der Gerichte darstellte, in welchem der Beschuldigte nur ganz äusserlich mit selbständigen Prozessrechten versehen war, wurde das einzige brauchbare

¹⁾ Vergl. Gneist, Kurze Charakterisirung der Reformen in „Verwaltung, Justiz, Rechtsweg“ 1869, § 58.

Vorbild für die deutsche Gesetzgebung, die zum Glück sorgfältiger vorging und durch eine energisch, auch gründlich und sorgfältig arbeitende Theorie unterstützt wurde, sonst aber sich recht genau an das französische Muster anschloss¹⁾: höchst interessant ist es auch hier wieder, den selbständigen Entwicklungsgang der Gesetzgebung und die Forderungen der Politik und Erörterungen der Theorie zu verfolgen; diese letzteren wollten zum Theil ganz etwas anderes, als sie in Wahrheit erhielten; die Gesetzgebung diente viel mehr den Regierungen und wurde oft nur mühsam von der Theorie nach deren Wünschen ausgelegt. Hier wurde auch mehr der allerdings schwerer zugängliche und weniger den deutschen Verhältnissen anzupassende englische Prozess beachtet.

Das neue Verfahren hat einmal die Stellung des Richters gründlich verändert. Es gehört weniger dem Strafprozess als der Justizpflege allgemein an, dass die Gerichte durchweg Staatsgerichte wurden, aufhörten Patrimonialgerichte zu sein, und dass sie von der Verwaltung völlig gelöst wurden, zwei Umstände, die selten scharf genug bei dieser Frage hervorgehoben werden. Im Prozess selbst verliert der Richter viel von seiner selbstherrlichen Macht, indem er an die Mitwirkung zweier Prozessbetheiligten gebunden wird, die allerdings oft wenig zu sagen haben, aber immerhin überall die Beachtung ihrer Anträge verlangen können. Sehr wesentlich sind immer noch die Befugnisse des Richters in der Verfolgung, in die er fast überall selbständig eingreifen kann: ja anfangs lag ihm sachlich der Beginn, die Einleitung der Strafverfolgung ob, und erst wenn er dieselbe beendet hatte, trat der Staatsanwalt auf. Aber bald änderte sich das völlig und im wesentlichen ist der Staatsanwalt der über die Einleitung der Verfolgung bestimmende, der auch dann, wenn das Gericht die ersten Schritte gethan hat, die weitere Verfolgung von sich aus leiten kann. Insbesondere aber wurde der Richter an die

¹⁾ Siehe z. B. Badische Verordnung vom 20. Mai 1809, Regierungsblatt Nr. 22. Organ.-Edikt von 1809, Lit. F, Nr. 3. 31 k, l., Regierungsblatt Nr. 52. Hier soll die „Kronanwaltschaft“ einfach die Aufsicht des Justizministeriums über den Gang der Rechtspflege vermitteln.

eine That gebunden, die der Staatsanwalt ihm zur Beurtheilung vorlegte, und von hier aus wurden sehr wichtige Einschränkungen in der sachlichen Dispositionsbefugniss des Gerichts vorgenommen. Auch sonst arbeiten stets neben dem Richter her zwei Leute, die als Interessevertreter gedacht sind, wenigstens als solche handeln, die stets die Thätigkeit des Richters von ihrem Standpunkt aus zu beleuchten und sie vielfach zu regeln berechtigt sind, und die namentlich in der Hauptverhandlung so gestellt sind, dass sie wenigstens bis zu einem gewissen Grade die psychologische Freiheit des Richters gewährleisten sollen. Und alle diese Einzelheiten sind, wie eine Vergleichung der Gesetzgebungen zeigt, stetig mehr ausgebildet worden.

Viel freier ist dagegen der Richter in der Stoffsammlung geblieben, bei welcher allerdings die zwei Prozessbetheiligten vielfach erheblich mitwirken oder mitzuarbeiten berechtigt sind, ohne dass sie jedoch (selbst dann, wenn der ganze Prozess aussergerichtlich vorbereitet war) wesentlich die Anschauung des Richters beeinflussen könnten. Eine tiefgehende Aenderung hatte sich aber schon lange entwickelt in der Beweiswürdigung: der Richter war nicht mehr darauf angewiesen, den Beweis einseitig auf eine Verurtheilung hinzulenken; er war nicht mehr formell in der Beurtheilung der Beweise gebunden, dafür aber um so strenger auf die eine vorliegende That gewiesen. Endlich ist die ganze Art, wie das Gericht die rechtliche Beurtheilung der That vorzunehmen berechtigt ist, im wesentlichen ein Anklang an die frühere Stellung, wie es auch als eine materielle Dispositionsbefugniss anzusehen ist, wenn das Gericht die angeklagte That festzuhalten im Stande ist.

Dem Gerichte gegenüber ist das neue Institut der Staatsanwaltschaft entwickelt: „Fleisch aus seinem Fleische,“ daher eigenthümlich zweideutig gestellt. Sehr wohl zu beachten ist, dass man schon frühzeitig die schweren Fehler im Organismus der französischen Staatsbehörde erkannte, und namentlich das Uebel einer reinen Gesetzeswächterschaft bekämpfte. Langsam hat man einzelne Befugnisse dem Gerichte genommen und der neuen Behörde übertragen, so dass sie einmal viel-

fach reine Richterrechte erhielt, anderseits ihr aber auch viele Eigenschaften fehlten, die ihr nöthig sind, soll sie energisch als Vertreterin des Verfolgungsinteresses auftreten ¹⁾). Aus diesem Verhältniss erklärt sich die Erscheinung, dass stets gleichzeitig die beweglichsten Klagen über die Schwäche wie über die ungehörige Machtvollkommenheit der Staatsanwaltschaft laut wurden. Im wesentlichen werden wir daran festhalten müssen, dass man anfangs nur daran dachte, „die Verfolgung“ von der urtheilenden Thätigkeit des Gerichts zu lösen; es schien praktisch genügend, um die geistige Freiheit des Urtheilers zu wahren, wenn ein anderes Gerichtsmitglied diese Funktion besorgte, mochte dies sogar nur in der Hauptverhandlung nach der öffentlichen Anklage geschehen, wie in Baden 1845, Bayern 1848, Württemberg 1849 ²⁾). Von daher stammen viele Anschauungen über die Stellung des Staatsanwaltes, den man als richterliches Organ behandelt wissen wollte (was gleichmässig den freiheitlich-politischen Forderungen, wie der Gerechtigkeit und den konservativen Anhängern des alten Prozesses zu dienen schien). Daraus erklärt sich auch, warum man so schwer der Idee der Gesetzeswächterschaft widerstrebte und dem gegenüber nur langsam die Charakteristik der Staatsanwaltschaft als eines aussergerichtlichen Organes zur selbständigen Vertretung staatlicher Interessen theoretisch erkannte und ihr entsprechend praktisch diese Behörde ausbildete; noch lange aber war die Kritik berechtigt, dass man im neuen Verfahren nichts für den Beschuldigten gewonnen habe, da nun ja „zwei Richter statt eines“ ihm gegenüberstünden. Allmählich hat man dann doch alle Interessen der Verfolgung des Verbrechens, d. h. der Aufspürung des Unrechts und des Verbrechers bis zu seiner Ueberführung in der neuen Behörde vereinigt, die dadurch von der Regierung abhängig wurde, und zugleich als ein geeignetes Organ der Polizei erschien, was ihre Energie erhöhen musste.

¹⁾ So ist es interessant, dass die Polizei ihr Anfangs kaum irgendwo zur Verfügung stand.

²⁾ Siehe Mittermaier, Gesetzgebung, S. 174 ff.

Aber vielfach ist die Staatsanwaltschaft an die Mitwirkung des Gerichts gebunden und liegen ihr sogar gerichtliche Dienste ob; vielfach hat sie noch Rechte über den Gegner, die wir nur dem Richter zugestehen möchten, und noch gilt sie als zur sogar formellen Vertheidigung des Gegners wesentlich berufen. Vielfach hat sie auch neben ihrer besonderen Thätigkeit Aufsichtsrechte und das Recht zur Mitwirkung bei verschiedenen staatlichen Angelegenheiten. Noch aber ist — das ist das Wesentlichste — der Richter derjenige, der den Staatsanwalt, von dessen Stellung man eigenthümliche Gefahren fürchtete, beaufsichtigt, auch da wo der Staatsanwalt sich gar nicht dem Gerichtsspruch unterwerfen will, und noch ist der Staatsanwalt in der Vertretung der Verfolgungsinteressen wie in der Stoffsammlung von der Verantwortung, die ihm zukommt, die er äusserlich trägt, ganz oder zum Theil befreit.

Endlich ist die Uebergabe der Vollstreckung der Strafe an den Staatsanwalt eine — vielleicht unpraktische — richtige Folgerung der Anschauung, dass die Interesseverfolgung, wozu gerade diese thatsächliche Verwirklichung des Strafrechts gehört, nicht Sache des Richters ist.

Am wenigsten direkten Gewinn hat der Beschuldigte für seine Stellung aus der Reform gezogen, die ihm wesentlich zu Gute kommen sollte und auch genützt hat. Man dachte ja anfangs gar nicht daran, dass hier ein zu selbständiger Interessevertretung Berufener stehe, wie man heute noch die Befähigung hierzu dem Beschuldigten abspricht, um hieraus ein Argument gegen seine Parteistellung zu bilden¹⁾, das Beschwerderecht aber hatte der Beschuldigte schon, und das schien das Wesentliche²⁾, man wollte ja nur die Richterthätigkeit praktisch vermindern und zu Gunsten des Beschuldigten freier gestalten,

¹⁾ Vergl. z. B. Schwarze, Gerichtssaal 1864, XVI, S. 401 ff., Nr. X.

²⁾ v. Kries betont, dass der Verfolgte auch im Inquisitionsprozess schon eine Reihe von Rechten gehabt habe. Gewiss, aber Nichts garantierte dieselben, und das scheint mir das Hauptsächliche zu sein. Vergl. Zeitschr. f. Strafr., IX, S. 26, 28.

so dass man ihr nur die Verfolgung abnahm, und erst allmählich erkannte man, dass schon die praktische Gestaltung des Verfahrens es verlange, neben der Personifizierung der einen Interesseseite nun auch die andere dem Gericht gegenüber selbständig zur Geltung zu bringen und ihr dem entsprechend die Waffen zur Vertheidigung möglichst gleichmässig mit dem Angreifer zu geben. Aber noch ist die Anschauung vielfach vertreten, dass die Reform das gar nicht verlangt habe und der Anklageprozess nur Selbständigkeit der Anklage verlange. So ist auch die Vertheidigung noch überall gehemmt, auch sie — und zwar noch erheblich mehr als der Angreifer — auf die Mitwirkung des Richters angewiesen, und so viel auch der Beschuldigte zur Förderung des Verfahrens thun kann, so sehr ist er daran durch die überwiegende Thätigkeit des Gegners und des von diesem in Anspruch genommenen Gerichtes und oft durch die an sich nöthige Sicherung seiner Person thatsächlich gehindert.

Fast auffallend ist die Aehnlichkeit, die das neue Verfahren in seinem Gange mit dem früheren hat: wie schon die französische Reform hierin wenig Aenderungen brachte, so behielt man auch in Deutschland die alte Einrichtung im wesentlichen bei, so dass man geneigt sein möchte, auch heute noch von General- und Spezialinquisition zu reden (mehr noch im Hinblick auf die Zeit, da es die Aufgabe der Voruntersuchung war, einen Thäter zu eruiiren), insbesondere, wenn man beachtet, wie die Thätigkeit sich im wesentlichen auf die zwei Staatsorgane: Staatsanwaltschaft und Gericht, beschränkt und für diese natürlich in der Praxis meist Ausnützung alles Verfolgungsmateriales als Aufgabe erscheint¹⁾.

¹⁾ Vergl. zu dem Vorhergehenden insbesondere Mittermaier, Mündlichkeit (besonders S. 104 ff., 281 ff.) und Gesetzgebung und Rechtsprechung. Sodann Planck, Systematische Darstellung und Glaser, Handbuch, §§ 13—19. — Die inquisitorischen Ideen treten auffallend stark in dem so vorzüglichen Werke Hans Gross' hervor, „Handbuch für Untersuchungsrichter“. Sie begründen auch die meisten Klagen über das Vorverfahren. Vergl. Kronecker und v. Kries in der Zeitschr. f. Strafr.

So erscheint unser heutiges Verfahren als eine einfache Fortbildung des alten Prozesses, und vielfach wird in dieser formellen Charakterisirung das Wesentliche der Reform erblickt, wobei der innere Gegensatz der zwei Gestaltungen gar nicht erkannt wird. Und daher wird auch meistens das Wesen des modernen Anklageprozesses in formellen Einzelheiten gefunden, es werden nur einzelne Punkte hervorgesucht, von denen die allerverschiedensten je nach der persönlichen Anschauung des Darstellers uns entgentreten.

§ 23.

Ueberschauen wir die Literatur der vergangenen 50 Jahre, so können wir einzelne Anschauungen gruppieren.

Als fast gänzlich aufgegeben dürfen wir zum Glück die Auffassung bezeichnen, wonach der Anklageprozess rein civilistisch nur formelle Wahrheit fördere und daher abzuweisen sei¹⁾. Freilich haben gerade Biener's werthvolle geschichtliche Arbeiten wieder sehr die Idee gefördert, dass der Anklagegrundsatz eigentlich etwas rein Privatrechtliches sei²⁾.

Als immer noch sehr verbreitet erscheint die Art der Charakterisirung des Prozesses, wonach die Frage der Interessevertretung gar nicht berührt und das Wesen unseres heutigen Verfahrens rein in einer praktischen Veränderung der Stellung des Richters also mehr nur in einer formellen, äusseren Verbesserung gefunden wird. „Arbeitstheilung“ zwischen zwei Organen ist hierfür meist der massgebende Gesichtspunkt, nach welchem natürlich der Staatsanwalt nie als Partei auftreten kann. So sprach sich Planck stets aus³⁾,

¹⁾ Höpfner, Ueber den Anklageprozess u. s. w. 1844. Siehe auch Sundelin, Die Staatsanwaltschaft in Deutschland 1860. Meves in Golt-dammer's Archiv, 40, 1892, S. 291.

²⁾ Vergl. allerdings dagegen sein „Englisches Geschworenengericht“ bei Bd. 2, § 42.

³⁾ Systemat. Darstellung, 3. Buch, § 60 ff. V. Deutscher Juristentag, Bd. 2, S. 210.

v. Gross¹⁾, v. Seckendorff²⁾, v. Schwarze³⁾, G. Keller⁴⁾, Sundelin⁵⁾, Stemmann⁶⁾, neuerdings Fuchs⁷⁾, Otto Mayer⁸⁾ stehen neben anderen auf diesem Standpunkte, den auch die Motive⁹⁾ vertreten, und der schon die Grundlage für die preussische Verordnung von 1849 ist¹⁰⁾. Hier tritt immer der Gedanke hervor: der Richter verwirklicht das Strafrecht, der Staatsanwalt soll nie einseitig und kann daher nie Partei sein, er hat nur die Initiative möglichst selbständig, ist aber nie Dominus litis, selbst wenn er formell als Partei mit dem Gegner die Stoffsammlung besorgt; vielmehr muss der Richter wegen der Gerechtigkeit unabhängig von Parteianträgen sein, der Staatsanwalt ist sein Gehülfe, daher dessen Uebermacht über den Gegner berechtigt und nothwendig.

Es kann nicht geläugnet werden, dass sich damit unser Prozess formell wohl erklären lässt, denn all' diesen Anschauungen entsprechen praktische Gestaltungen. Wie aber hiermit kaum schon die Zweckmässigkeit der Einrichtungen begründet werden kann, ist das Wesen der Rechtsprechung sowohl wie des materiellen Strafrechtsverhältnisses hieraus nie zu erkennen. Denn hier wird nicht erklärt, ob der Richter an sich zur Vertretung des Strafrechts berufen, welches seine wahre Aufgabe sei, nach welchen Grundsätzen die Stellung

¹⁾ Das Princip der Strafverfolgung in seiner „Strafrechtspflege“, 3. Jahrg., 1860, S. 133, 385. II. Deutscher Juristentag 1861, Bd. 1, S. 131 ff.

²⁾ II. Deutscher Juristentag, Bd. 1, S. 175.

³⁾ Ebenda S. 243. Insbesondere Gerichtssaal 1859, XI, S. 3 ff., 1864, XVI, S. 401 ff. (besonders Nr. VIII—XI).

⁴⁾ Die Staatsanwaltschaft in Deutschland 1866.

⁵⁾ Die Staatsanwaltschaft 1860. Cfr. Note 1 vorige Seite.

⁶⁾ Goltdammer's Archiv, VIII, 1860, S. 41 ff. (Dass man auch mit dieser Anschauung energische Verbesserungen vorschlagen kann, beweist Stemmann am besten.)

⁷⁾ Holtendorff's Handbuch des Strafprozesses, I, S. 423 ff.

⁸⁾ Verwaltungsrecht, Bd. 1, S. 177 ff.

⁹⁾ Zweites Buch, I. Abschnitt, von der öffentlichen Klage (jeweils gleichlautend).

¹⁰⁾ Vollständige Materialien zu der Verordnung vom 3. Januar 1849 u. s. w. Berlin 1852. (Sehr interessant auch wegen der vielen Aehnlichkeiten unserer Prozessordnung mit jenen Bestimmungen.

Mittermaier, Die Parteistellung d. Staatsanwaltschaft i. heut. Strafverf. 8

des Staatsanwalts und die des Beschuldigten bestimmt werde. Diese Theorie tritt uns wesentlich nur in einer Zeit entgegen, in welcher es sich mehr noch um die praktische Weiterbildung der einzelnen Schäden handelte; schon damals wurde sie von Vielen mit der ausdrücklichen Darlegung der sachlichen Interessen am Strafrecht verbunden und heute spricht man fast durchweg von den Interessen, deren Ausgleichung im Prozess erfolgen solle.

Der eben charakterisirten Richtung tritt am nächsten, sogar häufig verbindet sich mit ihr die Anschauung, wonach ausgesprochenermassen der Richter nach wie vor der Reform der Vertreter des Strafinteresses, der Herr des Strafrechts bleibt, der Inquisitionsgedanke also, der damit nach meiner Auffassung am besten wiedergegeben wird, in unserem heutigen Prozess herrscht und fernerhin massgebend sein soll. Es spielt hier die Auffassung, dass im Strafrecht nur objektives Recht bestehe, eine grosse Rolle: das soll freilich nur der Richter handhaben. Diese Idee, wohl eine Hauptstütze des Untersuchungsgrundsatzes, von dorthier in der Rechtstheorie festgewurzelt, wird heute umgekehrt wieder genährt durch die Ausgestaltung unseres Verfahrens, in dem der Richter noch so grosse materielle Macht besitzt. Dann ist der Anklageprozess nur Formsache, materiell ist der Staatsanwalt nicht Partei, nur formell tritt er als solche auf, dem Beschuldigten, dessen selbständiges Interesse hier häufig, wenn auch nicht immer ausdrücklich anerkannt wird, zur Freierstellung des Richters gegenüber. So stellt Biener¹⁾ das Verhältniss dar, so Ortloff²⁾, Dalcke³⁾, Gneist⁴⁾, Heinze⁵⁾ und

¹⁾ Insbesondere Beitrag zu der Theorie. Gerichtssaal, VII, 1855, 1. Bd., S. 408. Aber auch sehr klar: Englisches Geschworenengericht 1852, Bd. 2, § 51, S. 129. (Hier die Kreuzung der zwei Elemente.)

²⁾ „Das Strafverfahren“ 1858. „Vorverfahren“ 1893, S. 26, Note 2. Hierzu neuestens „Gesetzes- oder Interessenherrschaft“. Archiv für öffentliches Recht, XII, S. 83, hier S. 85 ff.

³⁾ Goltdammer's Archiv, VII, 1859, S. 734, XIV, 1866, S. 15.

⁴⁾ In der Bemerkung: XII. Deutscher Juristentag 1875, 3. Bd., S. 233. Vergl. auch oben § 20, S. 96.

⁵⁾ Insbesondere Goltdammer's Archiv, XXIV, 1876, S. 265 ff.

alle ihm Folgenden, insbesondere John¹⁾ und auch Otto Mayer²⁾. Hier haben wir dann die so häufig wiederkehrenden Gedanken, dass Inquisitionsmaxime in Akkusationsform herrsche und herrschen solle, wobei betont oder vorausgesetzt wird, dass der Anklagegrundsatz seinem Wesen nach für das Strafrecht nicht passe. Es ist auch richtig, dass die Art, wie unser Verfahren sich entwickelt hat und die Gestaltung, die es annahm, als eine Verwirklichung dieses Gedankens erscheinen kann³⁾.

Alle diese Anschauungen gehen der Idee der Reform nicht auf die Spur, oder wollen gar nicht die von anderen dabei gefundene und behauptete Idee als richtig anerkennen. Ich habe mich schon mehrfach im Verlaufe meiner Darlegungen gegen dieselben gewendet. Ausgehend von dem Strafrechtsverhältniss und der Nothwendigkeit richterlicher Rechtsfestsetzung, sehe ich allein in der Anschauung das Richtige, welche den Staatsanwalt als wahren, aber auch einzigen Vertreter des sachlichen Strafrechtsinteresse anerkennt. Dabei muss natürlich auch der Gegner zur Vertretung seiner Interessen zugelassen werden. Wenn auch nicht immer diese letztere Folgerung, so wird doch die Idee im Ganzen von den verschiedensten Seiten, und insbesondere in der Neuzeit anerkannt. Es bedurfte einiger Zeit, bis neben den praktischen Einzelverbesserungen dieser Gedanke zur Geltung gelangen konnte: Die stete Behandlung der Frage von dem Gesichtspunkt der prozessualen Reform aus musste seiner selbständigen Entwicklung natürlich hinderlich sein. Schon Zachariä⁴⁾, Mittermaier⁵⁾, v. Tippelskirch⁶⁾ und der Schriftsteller

¹⁾ Strafprozessordnung, Bd. II, Einleitung, insbesondere V, S. 112 ff.

²⁾ Verwaltungsrecht, I.

³⁾ Ich glaube auch Friedmann (Grünhut, XVII, 1890, S. 41) hierher rechnen zu können.

⁴⁾ Gebrechen und Reform des deutschen Strafverfahrens 1846, III, insbesondere 53—69. Strafprozess § 11, I, S. 40 ff.

⁵⁾ Die Mündlichkeit u. s. w. 1845, S. 281 ff. Gesetzgebung und Rechtsübung 1856, § 18; vergl. dagegen Gerichtssaal, X, 1858, S. 272 ff.

⁶⁾ Beiträge, Goltdammer's Archiv, II, 1854, S. 23 ff. Allgemeine Schwurgerichtszeitung, I, 1857, S. 273 ff.

der Deutschen Vierteljahresschrift¹⁾ sprechen ihn aus; Glaser²⁾ hat ihn stets vertreten, Geyer, Ullmann, v. Kries, Bennecke³⁾ tragen die Idee in ihren Lehrbüchern vor; ich glaube auch Laband und Binding⁴⁾ hierher zählen zu dürfen. Keiner verkennet allerdings, dass den Forderungen dieser Grundanschauung in unserer Prozessordnung so wenig Genüge gethan ist, als in den früheren Gesetzen, ja dass in Einzelheiten früherer Landesgesetzgebungen weiter vorgeschritten waren, als unser Prozess, der aber im Allgemeinen eine einheitliche, der Entwicklung der einzelnen Positionen der Be-theiligten günstige Ausbildung zeigt.

So ist das Wesen unseres Prozesses nicht in der Selbstständigkeit der Anklagefunktion zu sehen, sondern darin, dass die zwei Theilnehmer des Strafrechtsverhältnisses selbständig mit bestimmenden Prozessrechten ausgestattet zur Darstellung ihrer sachlichen Interessen vor dem Richter stehen, der von der Vertretung beider Interesseseiten frei sein soll, dass aber der Richter noch übergreift in die Kreise dieser Interessen, und umgekehrt der Staatsanwalt in einigen Punkten zwangsweise über das Rechtsverhältniss verfügt, ohne dass ihn hierzu der Richter ermächtigt hätte. Wir haben also einen noch unausgebildeten Parteiprozess vor uns, dessen formelle Einzelheiten Ausflüsse von staatsrechtlichen und materiell-strafrechtlichen Grundsätzen sind, die noch nicht ganz zur Geltung gelangten. Diese stehen im Gegensatz zu den Grundlagen des Untersuchungsverfahrens, von welchem noch einige Formen stehen geblieben sind; erst deren Beseitigung wird die neuen Grundsätze folgerichtig zum Ausbau kommen lassen. Wenn man zugiebt, dass der gemeine Untersuchungsprozess aus sich heraus nicht wohl mehr verbessert werden konnte, so wird man auch anerkennen müssen, dass dann nur die auf neue, schon in einzelnen Folgerungen angenommene Grundsätze,

¹⁾ 1859, 22. Jahrg., 3. Heft, S. 71.

²⁾ Handbuch des Strafprozesses, Bd. 1, §§ 4 u. 10, S. 101, Bd. 2, § 71, S. 142 ff. Siehe auch kleinere Schriften, Bd. 2, Nr. 21, S. 83, 98 f.

³⁾ Bennecke ist in § 38 nicht ganz deutlich.

⁴⁾ Grünhut's Z., VI, 1879, S. 211 ff.

wie sie moderne öffentliche Anschauungen uns darbieten, gegründete Formen uns praktisch genügen können.

Sonach ist der „Anklageprozess“, wie er bei uns besteht, nicht der volle, wahre Gegensatz zum „Untersuchungsprozess“, er verwirklicht nicht zur Genüge die Ideen, welche der Reform zu Grunde lagen; in ihm treten die zwei Interessenvertreter wohl schon selbständig als „Parteien“ auf, denn zur Freistellung des Richters, als eines Dritten, ist das unbedingt nöthig; sie haben auch nicht nur diese ihrem materiellen Verhältniss allein entsprechende, demselben nothwendig zukommende Prozessstellung, sondern sie besitzen auch schon einige wesentliche formell bestimmende Rechte als „Prozesssubjekte“: aber erst deren volle Ausbildung wird die Parteistellung sowohl wie die Stellung des Richters zur wahren Geltung gelangen lassen. — Mit diesem Satz ist die Antwort auf die Titelfrage ertheilt ¹⁾).

§ 24.

Aus diesen Grundsätzen kommen auch alle Folgerungen für die Gestaltung unseres Prozesses, auf ihnen muss sich die Weiterentwicklung aufbauen, wenn wir den bisher in unserem öffentlichen Leben zu Tage getretenen Grundgedanken auch weiterhin folgen werden.

So verlangen wir die Möglichkeit der Vertretung aller im Strafrecht anerkannten Interessen, denen heute im Wesentlichen der Staatsanwalt allein dient, die aber auch durch die im Namen des Staats vom Einzelnen erhobene Klage zur Geltung gebracht werden müssten. Im einzelnen Prozess aber darf nur ein bestimmtes, klar abgegrenztes Rechtsverhältniss

¹⁾ Ich stimme hier Friedmann in gewissem Grade bei, wenn er in unserem heutigen Prozess das Wesentliche nur in der Trennung der Anklage von dem Richterthum sieht. Aber Friedmann giebt nicht zu, dass dies nur der Beginn, nur die eine Seite einer Reform ist, als deren Tendenz der zweiseitige Parteiprozess erscheint. Cfr. Grünhut's Z., XVII, S. 56 ff., 60 ff. Vergl. zum Unterschied von „Anklageprozess“ und „Reformprozess“ auch die Bemerkungen Ullmann's, Lehrbuch, § 5, S. 34 ff.: Sogen. Consequenzen des reinen Anklagegrundsatzes sind zum Theil aus ganz anderen Gründen zu erklären.

zur Aburtheilung gelangen, das durch die Anklage bezeichnet wird; deren Erweiterung im Laufe des Prozesses erfordert unbedingt die Zustimmung des Gegners. In diesem Rahmen müssen wir alle sachliche Disposition, also in erster Linie das Recht der Anklage und der Rückziehung derselben allein den Parteien zuweisen: wenn hier das materielle Recht Beschränkungen verlangt, so treten diese bei den Parteien ein, aber dann darf nicht der Richter durch die von ihm hierüber geübte Aufsicht selbst zum materiellen Disponent werden, wie das heute durch die Bestimmung des § 170 Pr.O., durch die Stellung des Untersuchungsrichters, die Nichtrückziehbarkeit der Anklage und das weitgehende Verfügungsrecht des Gerichtsvorsitzenden der Fall ist. Es ist vielmehr insbesondere die Legalität durch die volle Möglichkeit der Privatklage, die historische Wahrheit durch die Unmöglichkeit eines formellen Anerkenntnisses, anderseits durch die vollste Möglichkeit der allseitigen Stoffbenutzung durch den Richter und durch die weitestgehenden Einwirkungsrechte der Parteien zu sichern, wie das heute noch nicht vollauf geschehen ist. In allen Stadien des Verfahrens muss diese Verfügung voll und frei stattfinden können, ohne dass der Richter sie beschränken darf, aber sie muss auch formell beiden Theilen völlig gleichmässig zustehen. Insbesondere muss beiden Theilen die Möglichkeit genauer Kenntniss aller Vorgänge und jeder Einwirkung auf deren Entwicklung und die Stoffsammlung gegeben sein. Wenn der Richter hierin die Gleichheit der Parteistellung, insbesondere zum Schutz des schwächeren Beschuldigten überwacht, wenn er, da ihm allein Zwangsrechte zustehen dürfen, die Stoffsammlung betreiben hilft, so übt er noch keine sachliche Disposition.

Die materielle Verfügung findet formell durch Prozesshandlungen statt, und da doch der Prozess nur durch das materielle Verhältniss getragen wird, über das der Richter nicht Herr ist, so müssen die Prozesshandlungen wenigstens zur Vertretung der Rechtsansprüche bestimmende, der Richter an sie gebunden sein: nur dann ist ja die nothwendige materielle Verfügung und deren volle Unabhängigkeit vom

Richter ermöglicht: andernfalls wäre dieser immer wieder zur Verfügung berechtigt. Es folgt also die Stellung als Prozesssubjekt nothwendig aus der Parteistellung. Das ist in geringem Umfang auch schon anerkannt: für die Anklageerhebung vollauf, sonst wenigstens im Recht auf Gehör und auf Berücksichtigung des beigebrachten Stoffes, wenn auch praktisch vielfach diese Rechte werthlos sind. Aber in der vollen prozessualen Ausbildung der Parteistellung sehe ich das Wesentliche der Weiterentwicklung unseres Verfahrens.

Es ist dabei nie verkannt, dass, wie die materiellen Interessen durchaus ungleichartige sind, so auch die prozessuale Stellung nur formell gleich sein kann; insbesondere muss der Beschuldigte in seiner Disposition viel stärker prozessual gebunden und überwacht werden, als der Staatsanwalt, und daneben darf die Stellung des Beschuldigten als des vermutheten Objekts des Strafrechts, als wahrscheinlichen Thäters nicht ausser Acht gelassen: sie muss unter möglichster Wahrung der Parteirechte auf irgend eine Weise mit diesen verbunden werden. Gerade wegen dieser Schwierigkeit seiner Stellung und wegen seiner häufig vorhandenen Unfähigkeit ist auch der Gedanke einer viel weitergehenden officiellen Vertheidigung des Beschuldigten wohl zu beachten: doch ist dieser Vertheidiger stets nur Vertreter der Partei¹⁾.

Ueber den Parteien setzt allein der Richter das Recht fest: er wendet das objektive Recht auf das behauptete subjektive Rechtsverhältniss an, er giebt dem das Strafrecht fordernden Staat die rechtliche Zwangsmacht, die dieser ohne Richterhülfe auch vor dem Prozess nicht soll ausüben können. Er muss hier sowohl wie in jedem anderen Prozess von dem Rechtsverhältniss, über das er urteilen soll, die genaueste sachliche Kenntniss haben, und da wir annehmen, dass nichts hierbei ausser Acht gelassen werden soll, so kann auch der Richter in der Sammlung des Stoffes, in der Bereitung der

¹⁾ Auch der Gedanke, der meist zum Vorschlag eines officiellen Vertheidigers führt, dass nämlich auf Seiten des Beschuldigten öffentliche Interessen zu vertreten seien, lässt Manche dazu neigen, den Beschuldigten persönlich nicht als Partei anzuerkennen.

Unterlage des Urtheils hier freier und selbständiger vorgehen, als im Civilverfahren: nur ist kein Grund vorhanden, ihn hier zur Hauptperson zu machen, die er heute ist, da der doch zweiseitig gewordene Beweis am besten von den Parteien zweiseitig geführt werden kann. Es kann zudem auch sehr wohl möglich sein, dass die Rechtsverhältnisstheilnehmer gewisse Verhältnisse unter sich ausser Betracht lassen wollen, ohne dass dadurch gerade der historischen Wahrheit geschadet würde. Es ist eine vollberechtigte Folge der Anerkennung des Parteiverhältnisses, wenn hierin der Richter beschränkt werden kann.

Die Stellung des Richters ist eine der Faktoren, die wir in unserem Rechtsleben überhaupt wesentlich in unserem Jahrhundert verändert haben. Daran nimmt natürlich auch der Strafprozess Theil, und alle die Momente der Unmittelbarkeit oder Mündlichkeit, der Oeffentlichkeit der Verhandlung, der Theilnahme sogen. Laien an der Rechtsprechung müssen auf die Gestaltung dieses Verfahrens, insbesondere auch auf die Ausbildung der Thätigkeit der Parteien erheblichen Einfluss üben.

Es ist endlich die Gliederung des Verfahrens und sein Gang derart einzurichten, dass die verschiedenen Thätigkeiten je zur besten Entfaltung gelangen können. Das ist aber mehr eine prozesstechnische Frage, die mit den Grundsätzen der Verfahrensart nur lose zusammenhängt. Ich kann keineswegs zugeben, dass gerade der Anklageprozess, wenn er auch einer schärferen, klareren Ausbildung seiner Theile bedarf, als das Untersuchungsverfahren, die juristische Form darstelle gegenüber der naturgemässen Formlosigkeit seines Gegentheils ¹⁾. Wenn uns das Untersuchungsverfahren heute nicht mehr als eine entsprechende Form zur Rechtsverwirklichung erscheint, so liegt der Grund dazu doch nur in der Stellung, die der Richter als Interessevertreter einnimmt: das ist aber nicht eine Formfrage ²⁾.

¹⁾ So insbesondere Biener in seinen vorher citirten Schriften und Glaser im Handbuch, I, § 4.

²⁾ John fragt (Kommentar, II, 117), ob seine Gegner den Inquisitionsprozess überhaupt als „Prozess“ auffassten: Allerdings „Nein“ nach heutigen Begriffen.

Ein diese Grundzüge tragender Prozess ist gewiss nicht „civilistisch“ eingerichtet: so weit er sich auch dem ihm nah verwandten bürgerlichen Verfahren nähert, er bleibt doch völlig selbständig schon wegen der anderen Interessearten und der eigenartigen Stellung des Beschuldigten und des Verlangens strikter historischer Wahrheit. Deswegen ist auch die Vergleichung des Anklagegrundsatzes mit der civilprozessualen Verhandlungsmaxime nur eine rein äusserliche und namentlich giebt sie keineswegs das Wesen der Grundsätze völlig wieder, da die Prozessstellung der Strafrechtsbetheiligten zu einander und zum Richter sich nicht in einer reinen Verhandlung herstellen lässt, wie sie im Civilprozess bei der Möglichkeit auch aussergerichtlicher Regelung des Verhältnisses wohl genügt: Es ist nicht bloss das Hauptverfahren der eigentliche Strafprozess, sondern die Voruntersuchung bildet einen ebenso wesentlichen Bestandtheil desselben ¹⁾.

Unsere Prozessordnung ist wohl lebhaft angegriffen, in praktischen Einzelheiten wie in den Grundsätzen sind Veränderungsvorschläge gemacht worden, aber die Erörterung derselben ist noch nicht von der Energie beseelt, welche die Reform früherer Jahrzehnte auszeichnete, und wie sie einer nahen Gesetzgebung vorhergeht. Auch die reiche Literatur, die der Novelle zur Prozessordnung folgte, enthält nur selten zugleich eine Darlegung der Grundgedanken des Verfahrens, wozu doch die einzelnen Punkte reichlich Anlass geben. Umgekehrt zeigen die Arbeiten der Theorie über die Strukturveränderungen meist einen so ausgeprägt dogmatischen Charakter, dass sie trotz ihrer tiefgreifenden Bedeutung nie eine rege Diskussion hervorriefen, obwohl eine principielle Stellungnahme zu der Reformfrage heute wohl angezeigt wäre. Die Novelle zu unserer Prozessordnung kann dem Bedürfniss einer Weiterbildung nicht abhelfen, denn wenn sie auch durch Zuertheilung eines weiteren Rechtes an den Beschuldigten (Berufung), dessen Parteistellung verbessern will, so nimmt sie

¹⁾ Siehe aber Verhandlungsmaxime in anderem Sinne § 35, S. 222.

doch anderseits beiden Parteien so viel von ihren schon vorhandenen Rechten¹⁾ und bildet gerade die Parteistellung so wenig innerlich aus²⁾, dass in keiner Weise ein Fortschritt in der Entwicklung damit gemacht wird. Es ist auch hier zu beklagen, dass die Theorie des Einflusses auf die Gesetzgebung so sehr entbehrt.

Auch nach einer anderen Seite erheischt unsere Zeit eine grundsätzliche Stellungnahme des Prozessualisten. Mehr und mehr treten wohlberechtigte sozialhygienische Gesichtspunkte bei der Betrachtung des Strafrechts in den Vordergrund. Diese, dem allgemeinen Streben nach einem stärkeren Eintreten des Staates, der organisirten Gesamtheit für das gemeine Wohl entspringend, müssen der stärkeren Ausbildung der Einzelperson widerstreiten, und leicht zu einer polizeilichen Auffassung des Strafrechtes führen. Einen solchen, von dem Juristen gewiss nicht beabsichtigten Nachtheil, der die gesunde Entwicklung der neuen Ideen hindern könnte, da er zu einem Conflict mit der in ihrer Selbständigkeit rechtlich gesicherten Stellung des Einzelnen zu führen geeignet ist, können wir nur durch die möglichst genaue Ausbildung der Rechtsstellung des Individuums im Staat auf allen Rechtsgebieten, also auch im Prozess, beseitigen.

§ 25.

Gewiss nicht der geringste Einwand gegen meine Theorie ist der, dass der Staat im Strafrecht in letzter Instanz doch immer Interessent und Rechtsprecher in einem bleibe; da er nicht aus sich heraustreten könne, so sei die Rechtsetzung durch einen dritten Unbetheiligten unmöglich, das Rechtsverfahren müsse daher nothwendig einen vom Civilprozess völlig verschiedenen Charakter tragen. — Die Schwierigkeit

¹⁾ Dem Beschuldigten: insbesondere bei §§ 176, 2, 199, 229, 2, 264, 5 Pr.O.; bei den Parteien insbesondere bei § 244.

²⁾ Z. B. bei §§ 140, 210—211 b, 229 ff. Pr.O. — umgekehrt ist in dem ganz praktischen § 224 a der Vorlage der Staatsanwalt offen als Gesetzeswächter gekennzeichnet (§ 399, 5 ist von der R.Comm. wieder in die alte Fassung des Gesetzes gebracht worden).

des Problems, das hierin liegt, ist ohne Weiteres zuzugeben; ebenso, dass nur dann, wenn der Strafrichter wirklich ausserhalb des Strafrechtsverhältnisses gestellt werden kann, der Strafprozess von der ihm zugeschriebenen Art ist, nicht aber, dass hier schon zugleich ein Beweis für die rein objektive Natur des Strafrechtes gegeben sei. In der Weise nun, wie das Gericht im Civilprozess wohl immer über dem Streitverhältniss steht, kann das im Strafverfahren nie eintreten: je grösser die allgemeine, öffentliche Antheilnahme an einer Rechtsangelegenheit ist, um so weniger leicht wird sich Jemand finden, welcher an derselben sachlich unbetheiligt ist; so muss auch der Strafrichter als Staatsangehöriger immer auf der Seite des öffentlichen Interesses stehen. Das ist eine That-
sache, die wir zugeben, die wir entweder mit all ihren Folgen als unabänderlich anerkennen, oder die wir überwinden müssen. Und dies Letztere geschieht, indem wir die Strafrechtsverhältnisse als einzelne statuiren, die sachliche Vertretung ihrer Interessen völlig vom Richter lösen, der als Privater nie an ihnen betheiligt sein darf; diesen nur auf das von beiden Betheiligten gleichmässig vertretene Interesse an Aufrechterhaltung der Rechtsordnung hinweisen, ihn auch von jeder äusseren Einwirkung möglichst unabhängig machen und ihn so psychologisch frei, über das einzelne Verhältniss hinaus stellen. Nur eine solche moralische Garantie können wir für die Rechtsprechung überhaupt in Anspruch nehmen. Wir erreichen sie durch die Organisation der Rechtshandhabung im Staate: und das ist das letzte staatsrechtliche Postulat für das Strafrecht, welches aus allgemeinen Grundsätzen entspringend und allgemein gültig, unsere Auffassung vom Strafrecht rechtfertigt und ermöglicht.

Wir gelangen durch eine Betrachtung des Rechtslebens zur Annahme eines dem Staate zustehenden subjektiven Strafrechtes, das dem Schutz sachlicher Interessen dient. Wir verlangen daneben zur Gewährleistung des Gesetzes in subjektiven Rechtsverhältnissen die Rechtsfestsetzung durch einen an dem Verhältnisse Unbetheiligten, und zwar durch einen Staatsrichter. Sollen wir dieser Forderung des Rechtsstaates

nachkommen, so müssen wir die beiden Gedanken zur Uebereinstimmung bringen, und das geschieht durch die Organisation des Staatslebens.

Diese ist in unserer Zeit ganz allgemein, durchaus keine Besonderheit des Strafrechts, die künstlich zur Aufrechterhaltung einer Theorie construiert wäre. Sie ist ein Faktor unseres Rechtssystems, der allein die Vollbringung aller der verschiedenartigen Aufgaben ermöglicht, die dem Staate gestellt sind, eine Thatsache, die von jeher anerkannt worden ist, die einen ungelenzen und auch unzweifelhaft falschen Ausdruck in der Lehre von der Theilung der Gewalten gefunden hat. Sie bedeutet im letzten Grunde nichts anderes als die bei der Unpersönlichkeit des Staates nothwendige Personifizierung seines Willens und die geregelte Verwirklichung seiner vielseitigen Aufgaben. So sind es zwei Erscheinungen im Staate, deren innere Gegensätze wir lösen müssen, und deren Möglichkeit wir uns nur durch die Organisation erklären können.

Es ist einmal der Staat das höchste uns denkbare menschliche Machtgebilde, dessen Gewalt nur immer wieder durch den Staat selbst überwunden werden kann, das sich stets selbst das Recht setzt, und das in der Welt der äusseren Erscheinungen wie nichts anderes das gesamte Recht und die gesamte Macht in sich vereinigt. Zu gleicher Zeit aber ist der Staat die Ohnmacht, denn als Einheit ist er nur eine ideelle Erscheinung: ohne Einzelpersonen kann er nichts von seiner Macht realisiren. — Ferner stellt der Staat eine Einheit dar, welche in sich die heterogensten Anschauungen und Thätigkeiten vereinigt, so dass wir sie mit menschlichem Maasse nicht messen und als Realität nur unvollkommen begreifen können; eine völlige Einheitlichkeit der Gedanken, des Willens und der Willensäusserungen nach menschlicher Art kann überhaupt im Staate nicht bestehen: die Realität seiner Einheit kann nur in einer für den Staat selbst gültigen Weise hergestellt werden; sie gleicht nie der des Einzelnen.

Alles dies bringen wir mit sich und mit unseren Gedanken in Einklang nur durch die Regelung der Staatsthätigkeit in den Staatsorganen.

Vor Allem kommt nur durch diese der Staatswille zur Darstellung; die Einzelnen, denen das überlassen ist, müssen befähigt sein, den Gesamtwillen zu verwirklichen, und ihre Thätigkeit muss so eingerichtet, geordnet sein, dass die Gemeinschaft in ihr die möglichst beste und möglichst gleichartige und damit den meisten Einzelnen gleichmässig dienende erkennt: denn auf dies Ziel muss der Wille der Gemeinschaft gerichtet sein. Die Realisirung des Staatswillens muss daher einheitlich sein wegen der Gleichartigkeit aller Einzelfaktoren im Staat und deren nothwendiger innerer Harmonie, sie muss aber zugleich ungemein vielseitig sein wegen der grossen Mannigfaltigkeit der Staatsinteressen. Sonach kann kein Einzelner sie leisten, ihr gerecht werden; sie bedarf wieder einer sorgfältig geregelten Vielheit von Personen, die in den verschiedensten Richtungen verschiedenartig, je nach der Art der Interessen, denen sie gerecht werden sollen, thätig werden. Grösste Selbständigkeit im eigenen Kreise muss sich mit höchster Bindung durch die Gesammtheit vereinigen, so dass die im Einzelmenschen stets am höchsten entwickelten Fähigkeiten nicht der Willkür ihres Trägers unterliegen.

Hierin liegt der Grund der Organisirung der Staatsthätigkeit, die damit noch eine weitere, dem Einzelmenschen nicht bekannte, ja unmögliche Eigenschaft verwirklicht: Die Differenzirung des Staates, seine Auflösung in eine Reihe von Einzelthätigkeiten, ohne dass die Einheit verloren geht. Der Staat kann durch die Organisirung, aber auch nur durch diese feinste Gliederung, den weitestgehenden und verschiedensten Interessen dienen, dabei die freie Thätigkeit der Einzelnen im weitesten Maasse bestehen lassen und ausnützen und doch mit der Gesammtheit stets wieder vereinigen. Wie weit den heutigen Staatsgebilden diese schwere Aufgabe gelungen ist, ist eine interessante Frage: sie wird nie völlig gelingen, da täglich die Interessenkreise wechseln und sich ändern, und da die Bildung der Organisation bei den Kämpfen der verschiedenen Lebenskreise nie rasch und sicher genug vor sich gehen kann.

Diese Gliederung ermöglicht die Entfaltung der höchsten

Energie, da nur hierin alle Seiten des Staates zur vollen Geltung kommen und alle Kräfte ihrer Eigenart entsprechend entwickelt werden können: So liegt im Ausbau der Organisation eine stets fortschreitende Stärkung des Staates, ohne dass der Einzelne geschwächt oder gedrückt würde. Diese Stärkung der Staatsmacht ist auch ihre beste Garantie, da sie die Reibungen der in ihren Bahnen selbständig bleibenden Lebenskreise beseitigt. Und ebenso liegt in der Gliederung die beste Gewährleistung des Rechtes, da jeder Thätigkeit ihre Bahn vorgeschrieben ist, und jede sich mit allen anderen vereinen muss, um sich selbst gerecht werden zu können: daher ist es dem einzelnen Organ schwer möglich, über seinen Kreis hinaus seine Macht zu entfalten¹⁾. Die Allgewalt des Staates bindet sich durch die Organisation zum Rechte. Täglich und überall sehen wir diese Erscheinung vor Augen und in den Ministerien findet sie einen stark hervortretenden Ausdruck; ihre praktische Durchführung ist ein Zeichen unseres Rechts- und Culturstaates. Ihre Theorie wurde zuerst in den Schriften der Naturrechtsschule vorgetragen. In diesen finden wir auch zuerst die Sätze von der Unabhängigkeit des Richters und von dem besonderen staatlichen Interesse an der Strafverfolgung scharf ausgebildet: und damit beginnt die Geschichte unserer Staatsanwaltschaft.

Sobald wir die zwei Interessen im Staate, das der Strafverfolgung und das unabhängiger Rechtsetzung, erkannt haben, müssen wir beide auch im Staatsorganismus verwirklichen. Beide aber liegen in ganz verschiedenen Richtungen, und wenn auch die Strafverfolgung von höchster richterlicher Gerechtigkeit getragen sein soll, so kann das allein doch noch nicht beide derart verbinden, dass sie einem Organismus zuzuweisen wären. Wir verlangen auf der einen Seite energischste Vertretung sachlicher Interessen einzelner im Strafrecht ge-

¹⁾ Ganz ähnliche Gedanken sind vielfach ausgesprochen. Viel Interessantes fand ich bei J. Eoetvoes, *Der Einfluss der herrschenden Ideen des 19. Jahrhunderts auf den Staat*. Leipzig 1854. — Siehe auch die Citate aus Taine, *Origines de la France contemporaine* in der *Revue internationale de Sociologie*, IV, 1896, S. 577 ff.

schützter Rechtsgüter und wollen doch nicht, dass der Interessent selbst das Recht sich und seinem Gegner festsetze, namentlich wenn er so mächtig wie der Staat auftritt. Wir verlangen anderseits die strengste Gewährleistung des Rechts, wie wir sie durch einen unabhängigen uninteressirten Richter am besten geben können. Und wenn wir auch das subjektive Strafrecht uns construiren, wie wir wollen, wenn wir auch nur objektives Recht in ihm sehen wollen: es bleiben stets Interessen, die es schützen soll, die der Strafrechtshandhabende zu vertreten hat ¹⁾).

Die Vereinigung dieser beiden Richtungen im Staate, ihre selbständige Ausbildung und die Möglichkeit der gegenseitigen Einwirkung beider ohne Schädigung ihrer besonderen Charakteristik gelingt uns einfach durch ihre selbständige Organisation. Neben einander gehen dann diese zwei Thätigkeiten her, ohne dass die eine die andere beeinflusste: wir nützen die denselben dienlichen menschlichen Kräfte vollkommen aus und wir erreichen, soweit das menschlich möglich ist, die für die Rechtsprechung verlangte psychologische Freiheit von dem Einfluss der zu verwirklichenden sachlichen Interessen. Ein Einblick in das praktische Treiben der Staatsorgane zeigt uns die Richtigkeit dieses letzten Satzes: Die persönlichen Träger der Staatsthätigkeit stehen den anderen Organen oft so fremd gegenüber wie zwei einander fremde Einzelne, obwohl sie beide mit der gleichen Gewissenhaftigkeit dem gleichen Staatswohl dienen.

Sehr oft wird die Bedeutung dieser Verschiedenartigkeit über der Einheit des Staates übersehen: diese der menschlichen Einheit gleichgeachtet. Deutlich tritt dies z. B. bei John zu Tage, der desshalb auch zu unrichtigen Schlüssen gelangt. Er will darlegen, dass Civilprozess und Strafprozess von einander wesentlich und begrifflich getrennt sind. Im Privatrecht bedürften die zwei Betheiligten des Staatsgerichtes nothwendig, wenn staatlicher Zwang ihnen helfen solle, im Straf-

¹⁾ Siehe auch Merkel, Jur. Encyklopädie, §§ 87, 88, über Interessentrennung.

recht sei der staatliche Zwang ja schon von vorneherein gegeben und das Dazwischentreten des Gerichtes nur etwas Zweckmässiges¹⁾. Das ist nun gewiss richtig, wenn wir das Gewicht auf den Begriff „Staatszwang“ im Allgemeinen legen: während der Private, der diesen Zwang erlangen will, sich nothwendig erst an den Staat wenden muss, hat dieser ihn schon von vorneherein im Strafrecht. Unrichtig aber ist die Gegenüberstellung: Gerichtszwang im Privatrecht als einzige Art staatlichen Zwangs, die in Betracht kommt, — und staatlicher Zwang ganz allgemein im Strafrecht: Denn will der Private zur Rechtsverfolgung die Hülfe staatlichen Zwangs, so ist begrifflich die Gerichtshülfe noch nicht nothwendig, sondern nur „zweckmässig“ — wie John sagt; — und will der Staat im Strafrecht die gleiche Art staatlichen Zwanges anwenden, wie sie im Privatrecht zur Geltung kommt, und wie sie dort von John als alleinige genannt wird, so ist ihm das Gericht gerade so nothwendig wie dem Privaten. John übersieht eben, dass „staatlicher Zwang“ durchaus kein einheitlicher, sondern ein mehrseitiger Begriff ist, mögen seine Ausführungen sonst auch ganz berechtigt sein.

§ 26.

Prüfen wir hiernach die Frage: ob wir eine den Interessen der Strafverfolgung und der Rechtsprechung dienende Organisation finden können, welche beide Kreise von einander unabhängig stellt, und wie weit die heutige Staatsorganisation uns gestattet, dass wir dieses freie Gegeneinanderübertreten im Prozess als „Partei“ und „Richter“ schon heute verwirklicht finden.

Die Strafverfolgung soll für die in den Strafgesetzschutz aufgenommenen Interessen eintreten, wenn auf dieselben in einem Einzelfall ein Angriff geschehen ist; sie soll zur Geltendmachung des subjektiven Staatsstrafrechts in diesem Fall die Einzelinteressen vertreten gegen den vermutheten Angreifer und hierzu alle Hülfsmittel in die Hand bekommen, aber doch

¹⁾ Kommentar, Bd. 2, S. 118—120.

auch die vom Staat gewollte Art der Ausführung gewährleisten; der Rechtsfestsetzung soll und braucht sie nicht zu dienen; sie muss aber dieser alle Unterlagen ihres Spruches verschaffen können. Wenn wir daneben die Rechtsprechung im Staate organisiren, so soll dieses Organ nicht mit der Darstellung der sachlichen Interessen betraut werden. Dann kann die Strafverfolgung als Partei vor den Richter treten.

Es wird gesagt, dass das Strafrecht eine solche selbstständige, vom Richter unabhängige Vertretung nicht zulasse, da hier nur objektives Recht, nur das Interesse der Rechtsprechung vorliege; eine sachliche Interessevertretung und Parteistellung sei gelöst vom Richteramt undenkbar; der Richter müsse Herr des Strafrechts bleiben, der Staatsanwalt sei nur formell Partei, nur Gehülfe des Richters: dann sind die beiden Organisationen nur Theile einer einheitlichen Thätigkeit. Wenn wir demnach alle sachliche Interessevertretung dem Staatsanwalt übergeben, so muss er nothwendig zugleich als Richter auftreten, und der Rechtsprecher wird umgekehrt nur sein Gehülfe. Es wäre unnötige Wiederholung, wollte ich dem gegenüber meinen Standpunkt hier wieder vertreten: Es liegt thatsächlich ein reines subjektives Strafrecht vor, dessen Interessen sich durchaus nicht mit denen der Rechtsprechung decken; es ist eine volle Rechtsdisposition zur Darstellung der Interessen vorzunehmen, es bedarf der Erwägung, Nachspürung, Verfolgung, von der wir eben den Richter frei gemacht wissen wollen, und die nicht mit der allgemeinen, vom Einzelinteresse unabhängigen Setzung objektiven Rechts identisch ist. Es ist hieraus eine Unmöglichkeit der sachlichen Verselbstständigung der Strafverfolgung nicht abzuleiten, im Gegentheil, unsere moderne Rechtsanschauung drängt uns zu dieser selbstständigen Stellung, wenn wir „richterliche“ Rechtsfestsetzung im Strafrecht verlangen. Auch die Bindung dieser Verfolgungsbehörde in ihrer Disposition durch die Legalität nimmt ihr nichts von ihrem Charakter. Es ist nur die eine Schwierigkeit zu behaupten — und zu beseitigen —, dass wir die sachliche Interessevertretung frei vom Richteramt, und dieses

im Strafrecht ebenso rein wie im Civilrecht im Staatsorganismus verkörpern, eine Frage, die wir von der staatsrechtlichen Seite hier, später von der prozessrechtlichen zu betrachten haben.

Uns dient hierzu heute die Staatsanwaltschaft, die dem Zweck selbständig-sachlicher Interessevertretung auch vollaufgerecht werden kann, ohne in irgend eine Abhängigkeit vom Richter gebracht zu werden; aus diesem Zweck müssen wir auch ihren Charakter bestimmen. Es ist eine Frage für sich, ob auch andere Einrichtungen zu dieser Interessevertretung geeignet wären. Wir müssen zu ihrer Betrachtung uns vor allem darüber klar sein, dass die Interessen der Allgemeinheit sich an Lebensgüter der verschiedensten Art knüpfen, wie sie im Einzelnen oder in der Gesammtheit und ihren Theilen verkörpert sind: aber auch die Individualgüter werden nur nach dem Werthmaasse geschützt, das die Allgemeinheit anlegt. Es ist nun die Möglichkeit, dass entweder die einzelnen Träger der Lebensgüter bei deren Verletzung das Interesse an ihrer Unversehrtheit geltend machen: und gewiss hat das den Vortheil, dass der an dem Gute Hauptbetheiligte am lebhaftesten und energischsten dessen Unversehrtheit wahren wird. Aber dann ist eine Controle darüber, ob auch die Verfolgung, an welcher dem Staat viel gelegen ist, wirklich stattfindet, kaum möglich (denn nur in wenigen Fällen ist der Staat oder ein ihm beigeordneter Theil der Interessenträger), und der Einzelne hat auch nicht die Macht der Allgemeinheit, dass er die Verfolgung immer mit der nöthigen Kraft besorge. Daher sehen wir denn auch selbst da, wo der Private in regster Weise an der Strafverfolgung theilnimmt — in England — den Wunsch nach der Einrichtung einer einheitlichen staatlichen Verfolgung immer lebhafter werden, wie diese ja schon in anderen Ländern englischen Rechts und in Schottland längst besteht.

Man hat dieser reinen Privatverfolgung gegenüber die Einrichtung vertheidigt, dass jeder Zweig der Staatsthätigkeit die in seinem Bereiche liegenden Interessen im Strafrecht verfolgen solle. Aber dem steht doch entgegen, dass eine Reihe

von Interessen im Strafrecht derart geformt sind, dass sie nicht wohl unter dem Gesichtspunkte betrachtet werden können, der für die schon bestehenden Staatsorgane massgebend ist, so dass also entweder unpassende Zuweisung der Verfolgung an andere Organe, oder aber doch noch die Schaffung eines neuen Verfolgungsorganes zur Vertretung der anderweit nicht dargestellten Interessen stattfinden müsste. Und dennoch wäre die Gleichmässigkeit der Thätigkeit kaum herzustellen und müsste das der Ausübung der Verfolgung nothwendige Polizeiorgan den verschiedensten Herren dienen, ganz abgesehen von Kompetenzstreitigkeiten und anderen Schwierigkeiten. So ist es am zweckentsprechendsten, wenn ein Organ im Staate die Strafverfolgung wesentlich als Aufgabe zugewiesen erhält. Es ist allerdings eine rein historisch begründete Thatsache, dass bei uns eine Staatsanwaltschaft als Anklagebehörde besteht, und das allein rechtfertigt ihr Bestehen noch nicht; es war auch gewiss nicht der Gedanke einheitlicher Interessevertretung, der zu ihrer Schaffung führte; nur sehr selten und erst später wurde bekanntlich an die alten Interessevertreter im Fiscalat erinnert. Aber sie ist auch begrifflich völlig berechtigt, denn die Strafrechtsinteressen sind einheitliche, die Sätze, die für ihre Geltendmachung massgebend sind, benötigen einheitliche Ordnung des Staatsorganes: das ergeben meine Ausführungen in allen früheren Theilen. Es müssen Tendenzen der pflichtmässigen Darstellung im praktischen Leben entstehen, die nur bei einer einheitlichen und ständigen Behörde gleichmässig entwickelt und fortgebildet werden können, daher es auch völlig verkehrt war, wenn früher je nach Bedürfniss ein Richter mit der Anklagevertretung betraut wurde. Es duldet die Interessevertretung im Strafrecht also nicht nur das Bestehen eines einheitlichen Organes, das als solches dauert; sie verlangt dasselbe sogar, wenn damit auch nicht jede Betheiligung Privater am Strafrecht beseitigt zu werden braucht. Freilich ist nicht zu verkennen, dass die Art, wie die Staatsanwaltschaft aus dem Richteramt losgelöst wurde, zuerst als Richterorgan entstand und sich mit vielen richterlichen Rechten entwickelte, gerade den Gedanken der Interessevertretung nicht

voll zur Geltung kommen liess¹⁾. Aber das Organ, wie es jetzt besteht, trägt diesen Charakter unbezweifelt, der sich Anfangs nur mehr in dem Wunsche ausdrückte, dass die Verfolgung zum Vortheil der bürgerlichen Gesellschaft grössere Energie erlange, als sie das im Gericht gehabt hatte²⁾. Gewiss ist die bei der Staatsanwaltschaft massgebende Idee noch nicht klar entwickelt, aber für irrig muss ich es doch halten, wenn Friedmann³⁾ ihren Begriff als einheitlichen nur in grösster Allgemeinheit dahin fasst: sie sei „ein vom Richter verschiedenes, staatliches Organ, welchem eine nicht nur im Interesse der Vertheidigung auszuübende Mitwirkung im Strafprozess eingeräumt ist“. Wir müssen den wesentlichen Zweck des Institutes betonen, um ihm in der Theorie und im Gesetz seine richtige Ausbildung zu sichern.

So tritt uns die Staatsanwaltschaft als staatliches Beamtenthum und als Prozesspartei gegenüber. Diese beiden Begriffe sind in ihr zu verbinden und zwar derart, dass das Auftreten als Partei als die Aufgabe, der Zweck des Staatsorganes erscheint. Halten wir hieran fest, so sind die beiden Begriffe nichts Heterogenes, Unvereinbares, wie so vielfach angenommen wird. Der Beamtencharakter der Staatsanwaltschaft widerstrebt keineswegs dem Parteibegriff; er ist diesem unterzuordnen. Wer aber von vornherein annimmt, dass ein

¹⁾ Vergl. z. B. die Entwicklung in den badischen Gesetzen 28. Dezember 1831, Regierungsblatt 1832, II, S. 29 (Pressgesetz), 18. Februar 1836, Regierungsblatt, X, S. 63, 3. August 1837, Regierungsblatt, XXV, S. 171, 5. Februar 1851, Regierungsblatt, X, S. 101 (in Kraft bis 1. Oktober 1864), die für die Aenderung in der Auffassung der Staatsanwaltschaft höchst interessant ist. Erst mit dem Pressgesetz beginnt hier die eigentliche Geschichte der Staatsanwaltschaft.

²⁾ Der Gedanke Herrmann's im Archiv des Criminalrechts 1852, N. F., S. 289 ff., dass sich hier die alte Trennung von Gerichtsherrlichkeit und Gerichtsbarkeit verwirklicht finde, ist längst als falsch anerkannt: das erstere als „Ermöglichung gerichtlicher Thätigkeit“ wäre Justizverwaltung im weitesten Sinn, und die stellt die Staatsanwaltschaft eben nicht dar; allerdings die ehemalige Idee der Gesetzeswächterschaft lässt schon an derartiges denken.

³⁾ Grünhut's Z., XVII, S. 53.

Beamter alle mögliche Regierungsmacht über den Einzelnen haben müsse, der wird freilich stets aus dieser Eigenschaft deduciren: auch in Bezug auf den Prozess ist der Staatsanwalt dem Gegner übergeordnet. Und wenn er dann auch hier Zugeständnisse macht, so sagt er wenigstens: ausserhalb des Gerichtsverfahrens sei der Staatsanwalt lediglich übergeordneter Regierungsbeamter, und um das zur Geltung zu bringen, ist der Begriff Prozess möglichst einzuschränken: all das aber ist irrig, denn kein staatsrechtlicher Satz berechtigt uns zu solcher Voreingenommenheit: Das Beamtenorgan hat sich seinem Zweck, als Partei aufzutreten, anzupassen und hieraus müssen wir seine Befugnisse ableiten¹⁾.

Dass dies Organ als Einheit auftritt, ist bei uns wohl eine französische Reminiscenz, die, wenn auch nicht von derselben Bedeutung wie die Einrichtung in Frankreich, doch von hoher Wichtigkeit ist. Für unsere Frage kann in erster Linie natürlich nur die Staatsanwaltschaft als Ganzes in Betracht kommen. Es ist ein Faktor in der Einheitlichkeit der Behörde, dass ihre hierarchische Spitze im Ministerium liegt: Der Minister ist nicht nur der Leiter der Staatsanwaltschaft bei uns, er ist ihr Haupt, er gehört zu ihr, wenn er auch nicht vor Gericht selbst auftritt. Die Staatsanwaltschaft des Einzelstaates reicht als Justizverwaltungsbehörde bis zum Minister, — die Reichsanwaltschaft findet ihre ähnliche, wenn auch nicht staatsrechtlich dem gleichgestellte Spitze im Reichskanzler. Diese natürliche Folge der Ausbildung des Organes als eines von der Regierung abhängigen, eines Justiz- und zwar Justizverwaltungsorganes wird nicht immer anerkannt: So spricht sich in neuester Zeit noch Ortloff gegen sie aus²⁾. Aber es lässt sich kein Grund gegen meine Auffassung geltend machen, der stichhaltig wäre: es ist stets nur der Wunsch, dass die Staatsanwaltschaft möglichst von Regierungsrück-

¹⁾ Aus dieser Anschauung sind auch wohl die Bemerkungen Zachariä's über den Unterschied von „Anwalt des Staats“ und „Beamter“ zu verstehen. Gebrechen und Reform, S. 266.

²⁾ Gerichtssaal 1894, 49, S. 264 ff. Grünhut's Z. 1896, XXIII, S. 1 ff., 477 ff. Archiv für öffentliches Recht 1896, XI, S. 198 ff.

sichten unabhängig sein solle, der jene Anschauung trägt. Dazu kommt, dass — wie Ortloff in seinen Zusammenstellungen und Erörterungen allerdings richtig zeigt — es schwierig ist, die Garantie der Legalität beim Minister zu finden. Kann das aber die aus dem Gesetze hervorgehende Stellung des Ministers ändern? Und ist es denn wahr, dass bei einer solch höchsten Stelle die Legalität gesetzlich nicht ebenso garantiert wäre durch die Bestimmung des § 170 ff. der Prozessordnung, wie bei jedem anderen Beamten der Staatsanwaltschaft? Ja in Folge der parlamentarischen und wohl auch der gesetzlichen Ministerverantwortlichkeit noch in viel höherem Maasse! Diese wird auch vollständig eintreten können, wenn je gegen die oberste Leitung der Verfolgung das Recht geltend zu machen ist. Wenn praktisch dort grössere Schwierigkeiten bestehen, die rechtliche Auffassung können sie nicht ändern. Es war gewiss auch die Auffassung der das Gesetz schaffenden Faktoren, dass in der Regierung selbst die verantwortliche Spitze des Verfolgungsorganes liege; denn es sollen ja durch die Abhängigkeit die Auffassungen der Regierung über die Strafrechtsinteressen die massgebenden werden. Inwieweit das dem richtig erkannten Strafrechtsinteresse gleichsteht, ist eine ganz andere Frage. Es kann aber anderseits nicht verkannt werden, dass gerade durch diese Abhängigkeit von einem ausgesprochenen Interessenvertreter die Auffassung des ganzen Organs als eine Interessenvertretung für heute nur gewinnen kann. Und endlich ist es — wie z. B. Heinze betont hat¹⁾ — völlig gerechtfertigt, dass die Regierung Einfluss auf die Anschauung der strafrechtlichen Interessen ausübt, da sie ja die Anschauungen des Staates hierüber überhaupt wesentlich zur Geltung bringen soll und da doch die in ihr verkörperten unmittelbaren Staatsinteressen eines besonders starken Schutzes im Strafrecht bedürfen.

Allerdings ergeben sich aus einer solchen Stellung Missstände, deren grösster wohl in der Gefahr liegt, dass eine

¹⁾ Strafprozessuale Erörterungen. Beilage zum Gerichtssaal, Bd. 27, 1875, S. 6.

einseitige politische Regierungsrichtung mittelbar die Gerichte beeinflusst: Es hat gerade diese Befürchtung, die durch viele Beobachtungen in der Praxis belegt wurde, zu den geistvollsten Schriften über unser Institut Veranlassung gegeben; in dieser Auffassung der Staatsanwaltschaft sieht John eine der wenigen Neuerungen, die der Anklageprozess brachte¹⁾. Es ist aber wohl die Ansicht John's viel zu einseitig. Denn wenn auch Anfangs mehr nur dieser Charakter regierungsseitiger Gesetzesaufsicht hervortrat, so konnte er doch nur solange der massgebende bleiben, als das alte Untersuchungsverfahren bestand. Sobald aber auch andere Neuerungen im Verfahren, wie grössere Unabhängigkeit der Gerichtsorganisation, Aenderung des Beweisverfahrens, die Mündlichkeit, hinzukamen, konnte diese Richtung des Instituts nicht mehr die allein wesentliche und hervorragende bleiben. Dass der Richter als Staatsangehöriger und Staatsdiener sich von der mächtigen und weithin massgebenden Partei, die als Staatsregierungsorgan ihm gegenübertritt, leicht moralisch beeinflussen lässt, das ist eine natürliche menschliche Schwäche, die auch im Civilprozess auftreten kann, — die wohl durch die heutige Organisation gefördert wird, sonst aber eine Thatsache, deren Bedeutung wohl vermindert werden kann und besser verringert wird, — die aber bei keiner Einrichtung völlig verschwinden möchte. Ihre Erkenntniss aber fördert nur die Theorie der Interessevertretung, wie ich sie darlege: wir werden sehen, dass sich gerade hier die Erörterungen über eine sicherere, genauere Vertretung der Interessen vor dem Strafrichter anschliessen.

Die Befürchtungen, die an eine solche Machtausübung geknüpft wurden, haben selbst die strengsten Anhänger der Parteiideen zeitweilig stutzig gemacht und zu bedeutenden Einschränkungen ihrer Ideen geführt; man lässt sich wohl unwillkürlich von ihnen leiten, wenn man die Parteistellung des Staates nicht anerkennen will²⁾.

¹⁾ Kommentar, II, S. 124, 138, 145, 150, 162.

²⁾ Vergl. z. B. Mittermaier's Bemerkungen. Gerichtss. 1858, X, S. 272 ff.

Durch diese ganze Art der Gliederung kommt sodann auch der einzelne Staatsanwalt nicht zu der persönlichen Geltung, die wohl für eine energischere würdigere Vertretung der Verfolgung vortheilhaft wäre. Daraufhin zielte auch der Antrag Marquardsen-Miquel zu § 118 des Entwurfes des Gerichtsverfassungsgesetzes (jetzt § 148) im Reichstage hin, wonach der Staatsanwalt wenigstens in der Hauptverhandlung mit seiner Meinung frei sein sollte, wie er das in früheren Landesgesetzen zum Theil war (vergl. Kurhessen, G.V.G. § 75). Aber der Gedanke voller Einheit der Staatsanwaltschaft drang doch durch, so dass für heute als sicher angenommen werden muss, dass die ganze Behörde hinter dem Einzelbeamten steht, der allerdings in der Praxis bei uns mit seiner Person recht selbständig und stark hervortritt. Stände der einzelne Staatsanwalt selbständig gegenüber dem Angeklagten, so liesse sich viel eher der Gedanke vertheidigen, dass er nur formell, nur zum Schein als Partei auftritt. — Es ist aber diese hochinteressante Frage sowenig für unsere Darstellung von Bedeutung, als diejenige, ob der Staatsanwalt wie ein Richter gestellt sein sollte, so dass ihm die persönliche, moralische Freiheit seiner Ideen leichter gewahrt wäre: Wenn es auch von grossem Werth sein muss, dass der Staatsanwalt derart seine Selbständigkeit wahren kann¹⁾, so ist doch die eine oder andere Lösung dieser Frage einflusslos auf die Parteistellung: Es liesse sich die grössere Freiheit des Einzelnen von Regierungseinflüssen sowohl zu Argumenten für die Stellung als Gesetzeswächter als zu solchen für die Auffassung allseitiger Vertretung jeder Art von Interessen verwerthen.

In der Staatsanwaltschaft wird der Wille des Staates zur Strafverfolgung verkörpert; der Staat wird durch dies Organ dargestellt; in ihm tritt er als Partei im Prozess auf. Es ist ein Wortstreit, ob wir den Staatsanwalt als „Vertreter“ des Staates auffassen²⁾, oder als das darstellende Organ. Mir

¹⁾ Wie etwa in der oldenburg. Strafprozessordnung v. 2. November 1857 und dem Gerichtsverfassungsgesetz v. 29. August 1857.

²⁾ Z. B. Bennecke, Lehrbuch, § 38. — Ich kann Glaser's Worte, Handbuch, II, S. 143, nicht so scharf für die Bennecke'sche Auffassung

scheint das Letztere das Richtige, denn ich sehe ausser dem Staatsanwalt, der Vertreter ist, nichts, was vertreten werden kann, ausser dem Willen des Staatsanwaltes keinen vertretenen Willen: Wollte man als diesen den der Gesetzgeber hinstellen, dann ist auch der Richter sein Vertreter. Ich habe daher auch keinen Anlass, den Titel meiner Schrift anders zu fassen oder noch besonders zu interpretiren. — Es wird nur zu beachten sein, dass man nicht die allgemeinen Regeln der Stellvertretung oder Prozessvollmacht auf den Staatsanwalt als Staatsvertreter anwende.

Ich sehe in der Staatsanwaltschaft die Vertreterin des Gemeininteresses an den strafrechtlich geschützten Lebensgütern. Es kann nicht zweifelhaft sein, dass der Staat hier dargestellt wird, nicht etwa die „Krone“ oder wie man früher wohl annahm, die „bürgerliche Gesellschaft“¹⁾, der wir eine Rechtsorganisation nicht zuerkennen können. Damit hat man wohl unklar dem Gedanken Ausdruck verliehen, dass die allgemeinen geschützten Interessen hier zu vertreten seien. Ebenso wenig kann es aber auch richtig sein, dass der Staat gegen die Gesellschaft auftritt, die sich im Verbrecher individualisire²⁾: Gerade die einfachste Anschauung bringt uns am besten das Strafrechtsverhältniss zum Ausdruck. Die weitere Frage, ob heute dabei das Reich oder der Bundesstaat im Staatsanwalt auftrete, ist wohl auch von grosser Wichtigkeit, insbesondere für die einheitliche Gestaltung der Rechtsverfolgung wäre eine grössere Einheitlichkeit der Organisirung von hohem Werthe; aber so gut auch heute noch das Reichsgesetz von Richtern der Einzelstaaten gehandhabt wird, ist auch die bundesstaatliche Stellung der Staatsanwaltschaft nicht im geringsten für die Anschauung massgebend, ob sie nur die Landesregierung oder nicht vielmehr das Reichsinteresse, das im Strafrecht geschützt wird, zu vertreten hat³⁾. Durch diese

von „Vertreterin“ statt „Darstellerin“ auslegen. Siehe auch v. Kries, Lehrbuch, § 26, S. 186, 188.

¹⁾ Vergl. z. B. Mittermaier, Gesetzgebung, S. 182.

²⁾ Vergl. oben § 7, S. 27.

³⁾ Die Ausführungen bei Laband, Staatsrecht, § 89.

Trennung nach Staaten entstehen aber Competenzschwierigkeiten, die bei einer im Reiche centralisirten Behörde wegfielen, wenn sie heute auch gewiss nicht derart sind, wie sie John uns darstellt¹⁾: der § 159 der Strafprozessordnung garantirt in Verbindung mit § 153 G.V.G. genau ebenso, wie § 160 Pr.O. die staatliche Hülfe zwischen den einzelnen Bundesstaaten, ohne dass die Frage der Zweckmässigkeit das Ersuchen um diese Hülfe irgendwie beeinflusste. Allerdings ist es bei der eigenartigen staatsrechtlichen Stellung des Instituts im Reiche schwierig, den Gedanken der Interessenvertretung klar ausgedrückt zu finden; wir müssen dabei jedoch beachten, dass einmal die Vertheilung dieses Interessenschutzes zwischen Reich und Einzelstaaten heute noch des Systems vielfach entbehrt, — dass unsere Behördenorganisation in der gleichen Weise, grossentheils aus geschichtlichen Verhältnissen geworden, der wünschenswerthen übersichtlichen Centralisirung gar oft ermangelt, — und endlich, dass die Idee der Interessenvertretung in der Staatsanwaltschaft bei der Schaffung unserer heutigen Gerichtsorganisation überhaupt nicht klar dem Gesetzgeber vorgeschwebt haben wird. Hieraus wird es erklärlich, dass die Staatsanwaltschaft oft mehr als Vertreterin der Landesjustizverwaltung erscheint, denn als selbständiges Organ zur Verwirklichung von hauptsächlich Reichsinteressen in der Verfolgung des Reichsstrafrechts. Vollkommen verkennt z. B. John das Wesen der Behörde, wenn er die Reichsanwaltschaft für überflüssig erklärt²⁾.

Die rechtliche Auffassung der Thatsachen gehört doch wohl auch zur Interessevertretung: sie aufgeben, hiesse, ein wichtiges Stück der Parteistellung wegnehmen, die gerade in der Schaffung der Reichsanwaltschaft zur vollen Geltung kommt; es scheint mir durchaus unrichtig, hier lediglich ein Zugeständniss an die Scheinstellung einer formellen Partei zu sehen.

¹⁾ Kommentar, Bd. 2, S. 1—49, insbesondere S. 23 ff.

²⁾ Kommentar, II, S. 11.

§ 27.

Für ihre Aufgabe ist die Staatsanwaltschaft im Wesentlichen das einzige Organ: sie hat ein Monopol für Anklagen. Das kann leicht dahin gedeutet werden, dass sie nicht allgemeine Lebensinteressen darstellen solle: und in der That ist zu dieser Aufgabe eine mit der Strafverfolgung ausschliessend betraute Behörde nicht vollauf geeignet, da die Mannigfaltigkeit der Interessen kaum von ihr erkannt werden kann. Gewiss führte zu dieser Einrichtung ein dem unserigen durchaus entgegenstehender Gedanke: die Regierungen wollten, als sie die Strafrechtsausübung bei den Gerichten theilen und damit eine Interessenvertretung in dieselbe einfügen mussten, wenigstens nur ihr Interesse herrschen lassen und in völliger Verkennung der Besonderheit der Lebensgüter diese zu ihrer eigenen politischen Stärkung von anderen nicht vertreten wissen. Dabei half ihnen der französische Gedanke der Gesetzeswächterschaft, der freilich eine ausschliessende Stellung der Staatsanwaltschaft erheischt, — und welchem die Idee des Legalitätsprincipes auf halbem Wege entgegenkam. Auch in Deutschland hat dieser Gedanke eine übergrosse Macht geübt¹⁾ und die sachliche Entwicklung des Institutes unzweifelhaft gehemmt; auch heute spielt er noch eine grosse Rolle. Aber es ist doch interessant, die Entwicklung in der Gesetzgebung sowohl, wie in der Literatur zu verfolgen: Kaum eine der Schriften bis zu den 70er Jahren konnte diese Frage umgehen; von einer grossen Zahl wurde die Gesetzeswächterschaft vertheidigt²⁾, von einer Reihe von Gesetzen wurde die Staatsanwaltschaft ganz offen mit diesem Amte betraut³⁾, und heute tritt dieser Gedanke weder in der Prozessordnung noch in der Literatur oder auch in der Iudikatur irgendwie bemerkbar her-

¹⁾ Siehe z. B. Mittermaier, Gesetzgebung, § 13.

²⁾ Z. B. Sundelin, früher der rheinischen Praxis, in gewissem Sinne auch von Schwarze.

³⁾ Z. B. die preussische Verordnung von 1849, § 6. Sächsische Strafprozessordnung vom 13. August 1855, Art. 20. Siehe Mittermaier, Gesetzgebung, S. 157 ff, 160 (Thüringen interessant!), 164, 167, 170.

vor, womit wohl kaum gezeigt wird, dass er nun als selbstverständlich gilt. Weder von der staatsrechtlichen noch von der Seite der Prozessualisten wird er ausgeführt, — nicht einmal John verwerthet ihn. Der Staatsanwalt hat bei uns keine der Funktionen der Aufsicht, wie sie die französische Behörde führt¹⁾: vielmehr ist streng die Unabhängigkeit des Gerichtes gewahrt, die zum Theil zu einer drückend genannten²⁾ Superiorität über die Staatsanwaltschaft wird. Die formelle Vertretung des Gegners im Prozess, die dem Staatsanwalt (z. B. bei den Rechtsmitteln) zusteht, ist freilich diesem Gedanken entsprungen, aber doch auch einem heute bei der Schwäche des Angeklagten erklärlichen praktischen Bedürfnisse entsprechend, das übrigens von der Praxis recht ungern anerkannt wird. Auch besteht noch heute das Recht steter Akteneinsicht, aber nicht mehr z. B. die Abhängigkeit des Untersuchungsrichters, das Recht auf Theilnahme an den Gerichtsverhandlungen. Und die wenigen Rechte, die dieser Behörde ausser der Strafverfolgung noch zugewiesen sind, — wesentlich die Vertretung des Staatsinteresses bei Ehe- und Entmündigungssachen — können nur als schwache Reste der alten Stellung gelten, die gewiss jeder Praktiker mit Freude ganz schwinden sehen würde, da sie bedeutungslos, ja manchmal nur lästig sind³⁾. Ebenso ist die Stellung der Staatsanwaltschaft bei Disciplinarsachen nach den verschiedenen Landesgesetzen und auch dem Reichsbeamtengesetz keineswegs eine bedeutende, wenn das freilich durch die Praxis vielleicht auch geändert werden könnte: Damit erlangte dann allerdings der Staatsanwalt eine die Selbständigkeit der übrigen Beamten bedrohliche Stellung. Viel hervortretender und auch weit bedenklicher ist aber ihre Stellung im ehrengerichtlichen Verfahren gegen Rechtsanwälte.

¹⁾ Auch heute noch ergehen ständig dementsprechende Erlasse in Frankreich; z. B. Décret portant réorganisation de l'administration de la Justice en Cochinchine et au Cambodge. 17 mai 1895. J. off. 19 mai. Bull. offic. 1712, N. 29, 723, Titre VI.

²⁾ v. Kries in seinem Aufsatz in Z., IX.

³⁾ Für die frühere Zeit siehe die Uebersicht Mittermaier's im Archiv f. Civil.Praxis, 46, 1863, S. 416.

Neben dieser Entwicklung, die zu einer Abschwächung des Gedankens der Gesetzeswächterschaft führte — die ja allerdings schon früher von mehreren verworfen wurde, so auch von dem Oberappell: Gericht Jena am 5. Juni 1851¹⁾, — sind noch einige Momente hervorzuheben, die geradezu bei unserem Gesetze und in unserer Anschauung die Idee einer reinen Interessevertretung in der Staatsanwaltschaft tragen:

Es ist das einmal das Auftreten verschiedener Verwaltungszweige in der Strafverfolgung: Handelte es sich bei dieser rein formell um die Schaffung einer der mündlichen Verhandlung oder der Vorbereitung des Anklagestoffes dienenden Gerichtshülfe, so wäre das persönliche Auftreten der Forstbehörde oder der Finanzbeamten in der Strafrechtspflege durchaus überflüssig. Da aber gerade hier sachliche Interessen zur Sprache kommen, die nach der täglichen Erfahrung leicht zu Meinungsverschiedenheiten zwischen mehreren Behörden führen, die aber dennoch Vertretung fordern, und zwar eine solche, die mit besonderer sachlicher Kenntniss geführt wird, — so ist die Einführung solcher Behörden in die Strafverfolgung eine Nothwendigkeit. Ganz ebenso wird sehr häufig in der Praxis der Wunsch laut, dass die Polizeiverwaltung selbst ihre Interessen vor Gericht vertrete, wenn gegen ihre Strafverfügungen gerichtliche Entscheidung beantragt werde: Das hat nur den Grund, dass hier Interessen zur Geltung kommen, die um ihrer rein materiellen Eigenart willen bei der Polizeibehörde eine besondere Auffassung erfahren, wie sie die Staatsanwaltschaft nicht vertreten zu können glaubt. Auch hier kommt zum Ausdruck, dass die Staatsanwaltschaft eben nicht bloss formell dem Angeklagten gegenüber tritt. Nicht die rein rechtliche Auffassung führt hier zu Konflikten, sondern die Anschauung der sachlichen Interessen²⁾.

Ganz derselbe Gedanke führt zur Zulassung der Privatklage: Nur das Bedürfniss, materielle Interessen zur Geltung

¹⁾ Mittermaier, Gesetzgebung, S. 161, Note 65; siehe auch bezügl. Altenburg S. 164, Oesterreich S. 171 f., gegenüber Thüringen S. 159 ff.

²⁾ Anders als hier geschehen, wird das Interesse in der Strafverfolgung charakterisirt von Glaser, Handbuch, II, § 62, z. B. S. 9/10, 19.

zu bringen, die der Staat entweder nicht anerkennen will oder die ihm zur Anwendung seiner Kraft für zu gering erscheinen, verschafft der Privatklage und der Nebenklage ihren Platz ¹⁾. Dies Eintreten der Privaten in die Strafverfolgung ist nach mehreren Richtungen und von den verschiedensten Seiten erörtert worden und hat auch in der Gesetzgebung verschiedenartigen Ausdruck erlangt: es ist jedenfalls nicht ohne Bedeutung für meine Anschauung, dass in Schottland die Privatanklage sehr weitgehende, in Frankreich hingegen sehr beschränkte Anerkennung gefunden hat, dass sie in Oesterreich heute einen hervorragenderen Platz einnimmt, als bei uns, und dass in Deutschland anfangs von ihr gar keine Rede war. Es ist wohl auch der lebhafte Streit über die Privatklage ein Zeichen für die wenig durchgebildete Anschauung ihrer Grundlage, während es wohl als sicher bezeichnet werden darf, dass bei allen Erörterungen über diesen Punkt die sachlichen Interessen, die im Strafrecht geschützt werden sollen, zu vollster Anerkennung kommen. Ueberall ist es der Gedanke, dass eine von der Regierung abhängige Behörde nicht vollauf geeignet sein könne, alle Interessen, so wie das Leben es verlangt, gleichmässig zu berücksichtigen, und dass dies nur dadurch erreicht werden könne, dass die Träger dieser Interessen in irgend einer Weise zu Gehör kommen, da durch die Veränderung der Stellung der Staatsanwaltschaft selbst, insbesondere ihre Unabhängigkeit dies Ziel nicht erreicht wird ²⁾. Es muss nach der Ansicht Aller das Klagmonopol, welches der Idee der Gesetzeswächterschaft entspricht, dem Bedürfniss des Lebens angepasst, die Legalität derart gewahrt werden, dass sie auch wirklich ihren Zweck, allseitigen Gesetzesschutz zu bieten, erfülle, was durch die reine Gerichtsaufsicht in keiner Weise erreicht wird ³⁾; ganz besonders tritt

¹⁾ Auch das Antragsrecht ist zum Theil aus diesem Gesichtspunkt zu betrachten.

²⁾ Sehr klar tritt dieser Gesichtspunkt in der Darstellung Janka's zu Tage: „Staatl. Klagmonopol oder subsidiäres Strafklagrecht“ 1879.

³⁾ Siehe darüber Holtzendorff's „Reform“, Deutsche Jahrbücher, XII, 1864, S. 179 ff.

der Interessegesichtspunkt natürlich bei den Vertretern der Opportunität zu Tage. Bei dieser Sachlage ist der Streit, ob „Privatanklage“ oder „Popularanklage“ für uns ziemlich unerheblich, da es sich hierbei nur mehr um die Verschiedenheit handelt, wie das Interesse aufgefasst wird, ob mehr der Einzelne Verletzte seine Werthschätzung des Lebensgutes oder jeder Bürger die der Allgemeinheit zur Geltung bringen solle. Viel wichtiger ist es für unsere Idee, die gesetzliche Ausbreitung der Einrichtung der Privatanklage, — z. B. neuestens bei dem Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. Mai 1896, sowie in dem Entwurf eines Gesetzes betreffend Aenderungen und Ergänzungen des G.V.G. und der Str.Pr.O. von 1895 (§ 414) zu beobachten¹⁾.

In ganz eigenartiger Weise tritt neben oder vielmehr an Stelle der Privatklage bei unserer Prozessordnung die Beschwerde des Verletzten an das Gericht gegenüber dem staatsanwaltlichen Klagmonopol auf. Es ist nicht leicht, den Gedanken dieser Einrichtung zu fassen, welche das Gericht zur Aufsichtsbehörde über die Legalitätspflicht der Anklagebehörde in einer dem Parteiprincip direkt entgegenstehenden Weise macht, ohne aber, dass diese Aufsicht eine allgemeine wäre. Doch dürften sich hier wohl die zwei Gedanken begegnen, einmal, dass die Interessen der Privaten allgemeiner zur Geltung kommen sollen, als dies durch die Staatsanwaltschaft allein der Fall ist, — sodann, dass der Einzelne und mit ihm die Legalität gegen die abhängige Staatsanwaltschaft nur durch ein unabhängiges Organ den nöthigen Schutz erlangen könne; gerade die letztere Forderung, Unterstellung der Staatsanwaltschaft unter die Aufsicht eines Gerichtes, — war ja so oft

¹⁾ Siehe Gneist's Ideen: „Verwaltung, Justiz, Rechtsweg“ 1869, § 41. — Die beste Arbeit bei uns in neuester Zeit ist wohl die von R. Schmidt, „Staatsanwalt und Privatk Kläger“ 1891; doch nehme ich nicht alle ihre Ansichten an. — Siehe auch die interessante Arbeit von Paul Nourrisson, „De la participation des particuliers à la poursuite des crimes et des délits.“ Paris, Larose 1894. (Historisch und rechtsvergleichend in ausgedehnter Weise.) Derselbe im Bulletin de la société des prisons (Revue Pénitentiaire) 1896, XX, S. 510 ff.

von liberaler Seite aufgestellt worden, da man hier den Einfluss der abhängigen Staatsanwaltschaft fürchtet¹⁾).

Mit diesen zwei Ideen wenden sich die Bestimmungen gegen die Art, wie die Staatsanwaltschaft sachlich Interessen vertritt: und wenn auch die Aufsicht des Gerichts über die Strafverfolgung einer der schwerwiegendsten Eingriffe in das Recht der Anklagepartei ist, einer der alten Posten aus der Schaar jener, welche das Amt der Gesetzeswächterschaft stützten, so kann sich doch auch hier nicht der Gedanke verläugnen, dass bestimmte Interessen in der Anklage zu Tage treten. Auch die Forderung der Regierung bei dem Compromisse, dass nur der durch die Straftat Verletzte den Bescheid des Gerichts extrahiren dürfe, spricht für die stete Berücksichtigung der Interessefrage, wenn auch jene Forderung nur dem politischen Zwecke dienen sollte, die Allgemeinheit von dem Eingreifen in die Justizverwaltung möglichst abzuhalten. Und ebenso kommt bei der Anwendung dieser Bestimmungen, bei der Rechtsprechung hierüber stets wieder das Interessemoment zum Ausdruck²⁾).

Ueberall finden wir danach die Interessevertretung in der Anklage hervortreten, freilich häufig nur unklar, aber doch schon derart, dass wir die Staatsanwaltschaft nicht mehr bloss formell „Partei“ nennen dürfen. Allerdings stehen der Auffassung der Parteistellung Bestimmungen entgegen, wie diejenigen, dass Zustellungen durch die Staatsanwaltschaft erfolgen (§ 36 Pr.O.): es ist durchaus verkehrt, hier dem Gericht in einer ausser ihm stehenden Behörde eine ganz überflüssige Gehülfin zu geben, deren Aufgaben gerade hier sich mit keiner der sonst vorgebrachten Grundsätze ihrer Stellung vereinbaren lassen. — Und auch sonst mag mancher Praktiker sich nur als Gerichtshülfe und Promotor inquisitionis fühlen, besonders wenn die Voruntersuchung stark überwiegt. Aber in Wahrheit kann doch der Staatsanwalt eine so kräftige Stellung

¹⁾ Wesentlich Holtzendorff's eben citirte Schrift.

²⁾ Enger Stenglein, Kommentar, § 170, 9, S. 330; Löwe, Kommentar, § 170, N. 5 b.

gegenüber dem Gericht einnehmen, dass man ihn als reinen untergeordneten Richtergehülfen nicht mehr ernstlich bezeichnen darf. Anderseits hat das Gesetz wieder eine strikte Folge aus der Stellung der Staatsanwaltschaft als Darstellerin des obsiegenden Rechtsverhältnisstheilnehmers gezogen, wenn es sie zur Vollstreckungsbehörde gemacht hat (§ 483 Pr.O.). Wir haben hier eine unsere Theorie jedenfalls stützende Bestimmung zu sehen, deren praktischer Werth mit vollem Rechte als höchst zweifelhaft bezeichnet wird. —

Wenn also die Staatsanwaltschaft Interessevertreterin ist und dieser Gedanke auch heute schon Anerkennung im Gesetze gefunden hat, so verlangt unsere Anschauung, dass sie gleichmässig alle strafrechtlich geschützten Interessen zur Darstellung in der Anklage bringe. Gewiss ist das auch so von der Gesetzgebung aufgefasst worden: die Theorie des Legalitätsprinzips spricht deutlich dafür. Aber der Umstand, dass die Anklagebehörde abhängig von der Justizverwaltung ist, lässt den Gedanken allseitiger Interessevertretung wieder dunkel werden, indem an seiner Stelle die Idee in den Vordergrund tritt, dass die Interessen der Regierung allein dem Gericht gegenüber zur möglichst energischen Vertretung gebracht werden sollten, die Staatsanwaltschaft also nicht als wirklich strafverfolgende, als Rechtspartei auftritt. Bekanntlich ist das ja auch als Zweck der Staatsanwaltschaft behauptet worden (von John), und in der Praxis stellt sich wohl auch das Verhältniss so, dass die im Strafrecht zu schützenden Interessen mindestens nach der leicht einseitigen Auffassung der Regierung bemessen werden. Wenn nun auch nicht verkannt werden darf, dass die Richtung der Regierung mit vollem Rechte zur Geltung, und zwar zu erhöhter Geltung bei der Strafverfolgung kommt, und dass diese Richtung noch nicht etwa eine gesetzwidrige sein muss, wie oft angenommen wird, — wenn auch die selbst bei Legalität nothwendigen Opportunitätsrücksichten nur durch eine von der Regierung abhängige Behörde in geeigneter Weise gewahrt werden können, so müssen wir doch in der Stellung, die heute die Staatsanwaltschaft zur Regierung einnimmt, ein missliches Verhältniss erblicken,

welches die Entwicklung des Gedankens einer Interessevertretung verhindert. Denn es concentrirt sich keineswegs alles Lebensinteresse in der Regierung; es wird dies daher auch nicht so vertreten, wie es nöthig ist. Es wird aber umgekehrt durch die abhängige Stellung verbunden mit dem Klage-monopol der Gedanke hervorgehoben, dass die Regierung mehr die Aufsicht über die gerichtliche Gesetzeshandhabung beabsichtige, als eine wahre Interessevertretung¹⁾.

Man hat schon früher diesem Uebelstande abzuhelpen gesucht dadurch, dass man verlangte, der Staatsanwalt solle unabhängig von der Regierung oder doch wenigstens einem Obergerichte unterworfen sein, wie in Braunschweig, Strafprozessordnung § 4. Insbesondere von liberaler Seite wurde dieser Wunsch laut; man sah in einer solchen Einrichtung die einzige Möglichkeit, den Einfluss der Regierungswillkür zu hemmen. Der Begriff der Unabhängigkeit wird dabei leicht verschieden gefasst: es soll allerdings nach der eigentlich hier in Betracht kommenden Ansicht eine Behörde geschaffen werden, die in sich abgeschlossen, wie das Gericht von allen rechtlich möglichen Bestimmungen einer andern Macht frei ihre Entscheidungen trifft. Oft aber wird nur verlangt, dass der Staatsanwalt, obwohl den Weisungen der Regierung unterworfen, doch dienstlich so gesichert wie ein Richter stehen, und auch in der Lage sein solle, seine Eigenmeinung zur Geltung zu bringen. Diese letztere Idee aber (wie sie insbesondere Schwarze vertritt) ist hier nicht gemeint. — Offenbar wirkte auf diese Anschauung anfangs und auch noch späterhin unbewusst die Idee ein, dass die Staatsanwaltschaft doch eine Art Gesetzeswächterin sei, die von sachlichen Interessen frei sein solle²⁾. Daraus erklärt sich auch gewiss die Forderung,

¹⁾ Wenn die ersten Staatsanwälte vom Oberstaatsanwalte, der im Ministerium seinen Sitz hat, angewiesen werden, auch bei den Schöffengerichten von Zeit zu Zeit die Anklagen zu vertreten, so macht das auch heute noch ganz den Eindruck, als ob hier eine Controle über die Unterrichter ausgeübt werden solle. Denn zur Belehrung der Amtsanwälte soll doch diese Einrichtung nicht dienen.

²⁾ Z. B. Mittermaier, Gesetzgebung, S. 166, 179, 190.

der Staatsanwalt müsse vom Gegner abgelehnt werden können, wie ein Richter, — was allerdings bei einer Behörde wohl immer als wünschenswerth bezeichnet werden dürfte, aber bei einer parteimässig auftretenden Interessevertreterin doch ganz besonderer, bisher nicht hervorgehobener Begründung bedarf¹⁾. Späterhin trat bei der Besprechung dieser Frage mehr der Gedanke hervor, dass die Legalität die Unabhängigkeit wünschenswerth, ja nothwendig mache, da sonst jene nicht zu schützen sei²⁾. Es ist dabei wohl auch mehr die Auffassung der Legalität massgebend, wonach der Staatsanwalt richtermässig keine Willensdisposition vornehmen solle, während die Erkenntniss, dass auch die Legalität immer nur Zweckhandlungen des Staates beherrschen kann, uns zu der Anschauung führt, dass der Schutz dieses Grundsatzes keineswegs Unabhängigkeit der ausführenden Behörde nöthig macht. Irrig ist entschieden, dass bei Abhängigkeit der Staatsanwaltschaft Cabinetsjustiz geübt werde, oder überhaupt das Legalitätsprincip grundsätzlich durchbrochen sei, wie Ortloff meint, der in seinen neuesten oben genannten Ausführungen energisch die Unabhängigkeit der verfolgenden Behörde verlangt. Bei seinen Ausführungen glaubt man sich in die Konfliktszeit versetzt, und muss man annehmen, in der vom Verfasser beobachteten Praxis herrschten schlimme Zwistigkeiten zwischen Ministerium, Staatsanwaltschaft und Gericht (s. Grünhut 23, S. 526 ff.). Wenn dabei darauf hingewiesen wird, dass der Richter sich der Staatsanwaltschaft unterordne, so ist das gewiss nicht in der gesetzlichen Einrichtung begründet, und die von Ortloff angeführten Beispiele einseitiger sogenannter „Interesseanschauungen“ gegenüber den „Rechtsansichten“ werden immer vorkommen. Auch ist es geschichtlich doch

¹⁾ Derselbe, Mündlichkeit, S. 323, 6. Zachariä, Gebrechen und Reform, S. 273. Geyer, Lehrbuch, § 98, S. 420.

²⁾ Z. B. Holtzendorff, „Die Reform der Staatsanwaltschaft in Deutschland“ in den Deutschen Jahrbüchern für Politik und Literatur, XII, 1864, und „Die Umgestaltung der Staatsanwaltschaft“ 1865, S. 15 ff. Ortloff in Grünhut's Z. 1896, XXIII, S. 2, 477 und im Archiv für öffentliches Recht 1896, XI, S. 198 ff.

höchst bedenklich und auch von Holtzendorff früher nirgendwo bewiesen, wenn behauptet wird, das Wesen der Strafverfolgung in Deutschland fordere Unabhängigkeit derselben: Dass die geschichtliche Einseitigkeit der Richterverfolgung überwunden worden ist, wird dabei ganz übersehen (Archiv f. öffentl. R. XI, 226). Wenn allerdings auch die strenge Gesetzmässigkeit der Handlungen gegenüber dem höchsten Regierungsorgan schwerer zur Geltung gebracht werden kann, als bei einem von solcher Macht freistehenden Richterstand, — so wäre doch die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft ein zu weitgehendes Mittel zum Schutz der Legalität, da sie andere Nachtheile mit sich führt, die nur durch besondere Einrichtungen wieder aufgehoben werden können. Allerdings fiel dann die Aufsicht der Gerichte über die Anklage weg¹⁾, aber noch vielmehr käme die von den Gegnern der Abhängigkeit gefürchtete Einheit der Staatsanwaltschaft zur Geltung, wenn sie durch eine Instanzeneinrichtung in sich geschlossen auftritt. Die Legalität lässt sich wohl eher bei der Abhängigkeit gewährleisten durch die strengste rechtliche Formalität der Handlungen und durch eine genau geregelte Beschwerdeeinrichtung, durch die uns praktisch fast völlig fehlende strafrechtliche Verantwortung der Behörde, durch die grössere Selbständigkeit der Stellung des einzelnen Beamten, insbesondere auch seine richterliche Qualifikation, wie sie heute nur ausnahmsweise vorkommt²⁾ und die Einrichtung einer starken Privatklage. — ×

Will man den gefürchteten politischen Einfluss der Regierung auf die Anklagebehörde, wie man ihn in Frankreich behauptet, gründlich dadurch beseitigen, dass man einfach die Staatsanwaltschaft von diesem Einfluss befreit, so erhält man neben dem Gerichte einen zweiten Richterstand, der sich gar bald von jeder Interessevertretung losmachen würde, so dass dieselben Missstände eintreten möchten, wie sie beim gemeinen Inquisitionsprozess bestanden. Die Unabhängigkeit möchte

¹⁾ Nach Holtzendorff freilich gerade umgekehrt wird sie erhöht.

²⁾ Cfr. John, Kommentar, II, S. 51 ff.

dann eine Selbständigkeit gegenüber allen Interessen bedeuten, welche es unmöglich macht, dass überhaupt die Anklage ihrer Aufgabe gerecht wird. Dann wäre in Wahrheit die Staatsanwaltschaft nur formell Partei, materiell aber ein zweiter Richterstand, neben dem ersten, über dem Gegner stehend¹⁾. So wenig wie heute der gerichtliche Zwang der §§ 170 ff. Pr.O. allen Interessen zur lebenskräftigen Wahrung verhelfen kann, selbst bei freier Ausdehnung²⁾, so wenig würde das eine richterlich-unabhängige Stellung der Staatsanwaltschaft, die dadurch vielmehr dem natürlichen Zuge des Richterthums entsprechend konservativ würde, und den neu hervortretenden Interesseforderungen nicht gerecht werden könnte. Wollen wir die Staatsanwaltschaft aber zu einer wirklichen Vertreterin aller im Strafrecht geschützten Interessen machen, ihr die Gleichmässigkeit und Einheitlichkeit ihrer Handlungen wahren, unsere Rechtsprechung andererseits vor einem übergrossen Eindringen unberechtigt auftretender Interessen schützen, so müssen wir freilich die Staatsanwaltschaft so stellen, dass sie frei von dem einseitigen Einfluss der Regierung bleibt, aber der Weg zu ihr allen Interessen leicht offen steht. Mit einer Spitze, die der übrigen Justizverwaltung ministeriell nebengeordnet ist, muss sie verfügbar für alle Interessen sein, die ihr gegenüber ihre Ansicht in einem rechtlich streng geformten Beschwerdezug zur Geltung bringen können, und denen der einzelne Staatsanwalt rechtlich verantwortlich für unrechte Handlungen wird. Sie muss aber der Mittelpunkt der Interessevertretung sein, denn nur dadurch wird diese vor tendenziöser Einseitigkeit bewahrt. Sehr werthvoll ist es aber auch, wenn der private Träger des verletzten Interesses in der Klage dem Staatsanwalt zur Seite treten kann. Und unbedingt nöthig ist es zur Freiheit und würdigeren Stellung

¹⁾ Siehe die guten Bemerkungen Hänel's im Reichstag zu § 148 des Gerichtsverfassungsgesetzes. Hahn, Materialien, I, S. 1350.

²⁾ Viel bedeutungsvoller scheint mir hier der Tessiner Codice di procedura penale vom 3. Mai 1895 mit seiner Berücksichtigung der parte lesa: aa. 66—76 und seiner Camera dei ricorsi, die den Staatsanwalt und die parte lesa beaufsichtigt.

der Staatsanwaltschaft sowohl, wie zur vollen Wahrung aller Interessen, dass jeder Interesseträger trotz Abweisung bei der Anklagebehörde selbst vor das Gericht gehen kann, wo er allerdings einer stärkeren Controle als die Behörde unterstehen muss. Vor allem aber ist es nöthig, der Anklagebehörde alle die Zwangsgewalt und das Uebergewicht über den Gegner zu nehmen, die nur dem Richter zukommen, das Gericht aber frei von Interessevertretung und in der persönlichen Stellung seiner Mitglieder so hoch und stark zu stellen, dass auch die energischste Machtbetonung ihm gegenüber keinen Einfluss auf seine Rechtsfestsetzung üben kann¹⁾. —

Ueberschauen wir danach noch einmal die Stellung, die unsere deutsche Staatsanwaltschaft im Behördenorganismus einnimmt, besonders gegenüber dem Gericht, so sehen wir sie überall als Interessevertreterin aufgestellt, die staatsrechtlich vom Gerichte unabhängig bleibt. Aber diese Ansätze zur wahren Parteistellung sind in der Entwicklung gehemmt durch die eigenartige Aufsicht, die das Gericht nach §§ 170 ff. Str.Pr.O. ausüben kann und durch die schwache Ausbildung der prozessualen Parteibefugnisse, denen eine thatsächliche praktische Uebermacht der Prozessbefugnisse des Gerichts entspricht — wovon weiter unten zu handeln sein wird. Andererseits aber tritt die Staatsanwaltschaft derart auf, dass sie dem Gerichte sehr wohl nicht nur als Rechtsvertreterin strafrechtlicher Interessen, sondern als Vertreterin der massgebenden Justizverwaltung überhaupt erscheinen kann: und dadurch wird in der eigenthümlichsten Weise jeder der zwei Organismen geschwächt, und gelangt keiner zu der ihm erspriesslichen inneren Entwicklung, wie sie von allen Seiten gewünscht wird, wozu auch unsere hier dargelegte Anschauung uns führen muss.

¹⁾ Es kann nicht genug auf die bedeutungsvollen Ausführungen von Aulus Agerius und Num. Negidius in den Preussischen Jahrbüchern 1895, Bd. 81, S. 1, 1896, Bd. 83, S. 97 hingewiesen werden: Des ersteren fünf Vorschläge sind (abgesehen vom dritten) sehr beachtenswerth — beim zweiten insbesondere der Hinweis auf die Vorgänge in der Konfliktzeit, auf die faktisch freie Stellung der Staatsanwälte — und die leider so sehr wenig kräftige Stellung der Richter.

§ 28.

Haben wir eine Vertretung der Strafrechtsinteressen im Staatsorganismus, und dass wir sie als solche haben können, zeigte unsere bisherige Darstellung, dann müssen wir auch einen Strafrichter finden können, der frei von solchen Interessen dasteht. Dass dies möglich sei, wird viel weniger bestritten, als jene erste Aufstellung: Es werden wohl dem Richter im Strafrecht häufig Aufgaben zuertheilt, die ihm nicht gehören, aber da sie nur Garantien sein sollen für die rechtmässige Thätigkeit der Staatsanwaltschaft und Jedermann sie als solche auffasst, als Besonderheit des Richteramtes im Strafrecht, so wird Niemand dagegen sich setzen, dass der Richter von ihnen befreit werde, wenn wir diese Garantien anderweit finden können wie ich das oben darlegte.

Die Aufgabe des Strafrichters bleibt Rechtsprechung, Festsetzung des objektiven Rechts im subjektiven ihm vorgelegten Strafrechtsverhältniss. Ich habe schon oben Zucker's Ansicht als irrig zurückgewiesen, dass hier entgegen dem Civilrecht erst eine Strafberechtigung geschaffen werde¹⁾.

Wenn der Staat sich selbst dahin beschränkt, dass er nur nach einem Richterspruch von seinem Strafrecht Gebrauch machen wolle, so ist doch kein Grund einzusehen, dass erst mit dem Urtheil ein solches Recht entstehe, während doch jede natürliche Anschauung uns sagen muss, dass es entstanden sei, sobald die That ihm die historische Unterlage gab. Selbst wenn erst die Richter die Höhe der Strafe ausspricht, so concretisirt er damit nicht erst den allgemeinen Strafanspruch, sondern er individualisirt nur das objektive Recht gemäss dem Willen des Gesetzgebers für diesen Fall, genau so wie das der Civilrichter thut, dessen Spruch gewiss keine Verwandlung eines alten Rechts, das jetzt untergehe, in ein neues, anderes, ein Surrogat des alten hervorzaubert²⁾, sondern einfach dem alten Rechtsverhältniss zur Verwirklichung verhilft,

¹⁾ Siehe § 19, S. 90.

²⁾ Wie Bierling, Z., X, S. 307 darlegt.

wobei es wohl formell demselben eine neue, selbständige Gestaltung verleihen kann. Auch der Civilrichter bestimmt ganz genau den Umfang des Rechtsverhältnisses, und ohne seinen Spruch bleibt der Gläubiger nicht berechtigt, gegen den Widerspruch des Schuldners sein behauptetes Recht durchzusetzen.

Aus diesem Grunde, wegen der einheitlichen Aufgabe, können und müssen wir auch die Civil- mit der Strafgerichtsbarkeit vereinen, und besteht kein Grund, beide zu trennen; gerade dass sie heute vereint sind, ohne dass darin bloss eine zufällige „Personalunion“ liegt, spricht am besten mit für die Einheit ihrer Thätigkeit.

Friedmann¹⁾ lässt dem die Strafverfolgung vertretenden Staatsanwalt gegenüber den Strafrichter das Gesamtinteresse des Staates am Strafrecht darstellen, ebenso wie das der Gesetzgeber thue: Das sagt meines Erachtens sehr wenig Wesentliches; in derselben Weise vertritt auch der Civilrichter das Gesamtinteresse des Staats am Civilrecht, ohne dass hiermit schon seine eigentliche Aufgabe, unparteiische Rechtsfestsetzung, angedeutet wäre. Und übrigens trägt am Ende jeder Staatsbürger diesen Grundsatz allgemeiner Gerechtigkeit in sich. Beide Richter stehen sich hier einander völlig gleich, denn beide bringen einfach das Recht zur Geltung, so wie es die Allgemeinheit will, sie vertreten das Interesse der Gesamtheit an der Rechtsfestsetzung. Wichtig ist nur das Zugeständniss, dass der Staatsanwalt nur das einseitige Verfolgungsinteresse vertrete, was übrigens kaum derart von der herrschenden Ansicht bestritten sein möchte, wie es Friedmann behauptet.

Wenn aber aus der Friedmann'schen Ansicht eine Folge gezogen werden soll, so ist es eben die, dass der Richter im Strafrecht alles zu thun berechtigt ist: dass er anklagen, richten, vertheidigen kann, dass er nicht nur das Rechtsverhältniss festsetzt, sondern auch darüber entscheidet, ob der Staat von seinem Strafrecht Gebrauch machen solle, — gerade

¹⁾ Am mehrfach a. O., S. 90, Anm. 55.

das also, was man ihm weggenommen hat und was heute bei den Interesseerörterungen, die unser Strafrecht so tief ergreifen, eine so gewichtige Rolle spielt. Heute ist allerdings noch der Richter derjenige, der allein die Strafrechtsverhältnisse völlig überschaut, da der Staatsanwalt ihm alle Thätigkeit beruhigt überlassen kann; daher kann heute er wohl auch immer am besten noch über das subjektive Strafrecht bestimmen. Aber dass das nicht er, sondern der Staatsanwalt thue, das ist die nothwendige Folge der Reformforderung, unter deren Zeichen wir auch heute noch arbeiten müssen — und das widerspricht dem Friedmann'schen Satze direkt: Der Richter vertritt die Gerichtsbarkeit des Staates, nicht die Strafpflicht.

Zu dieser Aufgabe des Rechtsprechens verlangen wir heute ein Staatsorgan, das von Einflüssen irgend einer interessirten Seite auf die Richtung seiner Rechtsdarlegung ausserhalb des Prozesses unabhängig ist. So ist auch unser Strafrichter wohl unbezweifelt im Rechte gestellt, wenn ihn auch faktische, politische, soziale, moralische Einflüsse beherrschen mögen, die wir noch zum Theil beseitigen können. Nur in wenigen principiellen Punkten klebt das Gericht noch am alten Zustand der Interesseabhängigkeit: es wirkt auf die Anklagebehörde durch den Zwang der §§ 170 ff. Pr.O., und es hat die Macht, durch seine Prozesshandlungen die Interessenten in ihren Rechtsdispositionen zu ergänzen¹⁾. Beseitigen wir diese Einrichtungen, und der Richter tritt völlig heraus aus dem sachlichen Rechtsverhältniss, über dasselbe hinaus, er wird wahrhaft unbetheiligter Rechtssprecher, der, selbst wenn der Staat von ihm ein Recht festgesetzt haben will, diesem frei und ohne Voreingenommenheit gegenübertritt, — *qui rend des arrêts, pas des services*. —

Dass auch eine solche prozessuale Lösung von den sachlichen Interessen nöthig ist, giebt man heutzutage freilich noch nicht zu, sei es aus allgemeinen Ansichten über die Natur des Strafrechts (wie z. B. Heinze), sei es, weil man ja

¹⁾ Siehe die Ausführungen §§ 32—35.

doch im Richter ein Staatsorgan zur Erfüllung strafrechtlicher Aufgaben sieht und sich daher wohl nicht scheut, ihm auch eine Thätigkeit zuzuweisen, die der Civilrichter nie in die Hand bekommt (denn man sieht den Strafrichter doch mehr wieder als „Betheiligten“ an), sei es endlich, weil man eine Controle über den abhängigen Staatsanwalt zu haben wünscht (v. Holtzendorff). Ich habe mich gegen die erste Ansicht schon sofort gewendet, — die zweite Idee muss fallen, wenn man nur ernstlich einen interesselosen Richter zu erhalten strebt, sonst wären alle unsere Bemühungen nur Halbheit; die Controle aber über ein Organ, das auch anderswie zu beaufsichtigen ist, ganz gegen alle Rechtsgrundsätze dem selbst völlig uncontrolirbaren Richter zu übergeben, der dadurch in die Interesse- und Parteisphäre herübergeführt wird, das muss ich entschieden zurückweisen. Wollen wir solche Garantien, dann machen wir einfach den Staatsanwalt unabhängig von der Regierung und streichen den Richter¹⁾. Vielmehr umgekehrt, je freier der Richter in seiner Stellung wird, je weniger gebunden er durch Weisungen und Einflüsse von Aussen sein soll, um so mehr müssen wir bestrebt sein, ihn durch die Formen des Prozessganges und die Handlungen der Parteien zu binden, seinen Gedankengang erkennbar zu regeln, da er doch nicht durch gesetzliche Formeln zu bestimmen ist.

Andererseits kann nur die prozessuale Lösung des Richters von allen Parteiaufgaben ihn befähigen, dass er die prozessuale Gleichheit der Parteien beaufsichtige; das ist aber im Strafrecht bei der natürlichen Ungleichheit der Interessenten eine viel wichtigere und schwierigere Aufgabe, als im Civilrecht — aber gerade eines jener Momente, die zur Sicherstellung des Beschuldigten dienen. — Statt dieser formellen Wahrung der Gleichheit sorgt bei uns heute der Richter für dieselbe dadurch, dass er pflichtgemäss beiden Parteien in ihrem Vorbringen hilft, dass er also sachlich sich auf die Seite der Parteien stellt,

¹⁾ Wie wirkungslos diese Garantie im Ernstfall ist, siehe in § 32, S. 194.

was nothwendig zur Folge hat, dass er hin und her seine Parteinahme ausdrückt und dadurch unwillkürlich dem Urtheil vorgreift: Wie schwer dem Praktiker diese Aufgabe fällt, wie sehr er entweder allen unnöthigen Wünschen der Parteien nachgiebt, nur damit er nicht parteiisch erscheine, oder wie leicht er bei einer noch so gewissenhaften Ablehnung seines sachlichen Eingreifens in das Rechtsverhältniss sich vor dem Urtheil schon gebunden zu haben scheint — das zeigt unsere tägliche Erfahrung in den Gerichtshöfen und eine Reihe von Entscheidungen unseres obersten Gerichtes.

Wie hiermit der Richter noch immer zum sachlich Be-theiligten gemacht wird, so wird er auch noch nicht genügend in seiner Freiheit gebunden. Er ist auf die That beschränkt, welche der Staatsanwalt ihm unterbreitet: aber, wie er schon diese That auch wider den Willen des Verfolgenden festhalten kann, so ermöglichen es ihm seine Prozessrechte, dass er den Ankläger zur Erweiterung seines Anspruchs, den Angeklagten zum Eingehen hierauf veranlasst. Allerdings wirken die Parteien bei der Gewinnung des Urtheilstoffes im Beweise wesentlich mit, aber häufig kann der Richter, da seine Stellung und seine Macht ihm die überlegeneren Kenntnisse des ganzen Verhältnisses sichern, diese Einwirkung selbst lenken oder illusorisch machen. Nur in der Strenge der Prozessformen und der Genauigkeit des Urtheilsspruches und seiner Begründung liegt eine Bindung des Richters, auf welche die Parteien durch die Revisionsrechte Einfluss haben, und die ihnen auch bekanntlich durch die gerade auf diesem Gebiete überaus peinliche Rechtssprechung des Reichsgerichtes sorgfältig gewahrt wird. Nur der kräftige Ausbau der Parteirechte im Prozess kann zu dem Ergebniss führen, dass der Richter in der Einschränkung auf die Rechtssprechung selbst die Macht erhält, im Prozesse die Parteien an das zu halten, was zu thun ihnen das Gesetz erlaubt.

Am stärksten tritt die sachliche Mitwirkung des Richters bei der Interessenbildung im Untersuchungsrichter zu Tage, so dass man in der Voruntersuchung wohl ein inquisitorisches Gebilde sieht gegenüber dem auf dem Anklagegrundsatz allein

aufgebauten Hauptverfahren. Gerade dieser Charakter der Voruntersuchung hat in der letzten Zeit am meisten zu Zweifeln über das Wesen unseres Prozesses Anlass gegeben, und lebhaften Streit darüber hervorgerufen, ob dieser Theil des Verfahrens überhaupt wirklich zum Prozess gehöre, ob der Untersuchungsführer auch wirklich Richter sei. Sehen wir allerdings, wie wenig die Thätigkeit der Parteien in diesem Stadium des Verfahrens hervortritt, wie stark hingegen der Richter die bestimmende Persönlichkeit ist, wie sehr sich dies namentlich in der Praxis gegenüber dem Gesetz potenzirt, so dass die Vorschriften der §§ 188, 189 ganz unbewusst unbeachtet bleiben, und beachten wir, wie wenig Einfluss auf diesen Theil die Parteien durch die Revision haben können, so darf es nicht Wunder nehmen, wenn v. Kries als Anhänger des Anklagegrundsatzes dies Verfahren aus dem Prozessgang ausgeschieden haben möchte. Ich kann aber dies Bestreben, das die Struktur unseres Prozesses völlig verändert, und zu Ergebnissen führt, die unhaltbar sind, nicht billigen: es wird im Weiteren darzulegen sein, dass auch der Untersuchungsrichter wahrer Richter ist, dass auch hier schon Parteiverfahren gilt, und dass es unsere Aufgabe sein wird, die Ansätze hierzu, die wir heute schon finden, zu entwickeln¹⁾. Hier mag nur das Ergebniss Platz finden; für den Untersuchungsrichter als Gerichtsmitglied gelten alle Sätze, die für das rechtsprechende Organ überhaupt gelten. Er nimmt Theil an der allgemeinen Aufgabe des Gerichts, wenn auch in einer bestimmten engeren Richtung, indem er über den Parteien stehend, die diesen unmögliche objektive Aufhellung des ihm unterbreiteten Rechtsverhältnisses leitet und so den Urtheilsspruch ermöglicht. Dass er weit über die Grenze dieser Thätigkeit hinausgeht, macht seine Stellung heute wohl unsicher, aber die massgebenden Grundsätze werden doch nicht verändert.

Endlich kommen heute auch die Grundsätze für die Richterstellung da noch nicht klar zur Geltung, wo sich der

¹⁾ Siehe III. Teil, § 33.

Strafrichter gegen den Beschuldigten wendet, — sie sind ihm gegenüber sogar noch weniger klar ausgebildet. Auch der Beschuldigte muss staatsrechtlich völlig frei dem Richter gegenüber stehen; er ist Partei so gut wie sein Gegner und als solche frei zu allen Parteidispositionen und Interessehandlungen überhaupt befugt; er muss der Prozessleitung des Richters unterworfen sein, aber das Recht haben, seine Anschauung und seine sachlichen Interessen voll und gleich dem Gegner zur Geltung zu bringen und die formelle Genauigkeit der Richterhandlungen zu controliren. Freilich ist er als Prozessobjekt und Beweismittelträger stärker in die Hand des Richters gegeben, als der Staatsanwalt, auch wegen der historischen Wahrheit einer stärkeren Controle unterworfen. Aber es widerspricht seiner Stellung durchaus, wenn unsere Prozessordnung den Richter zu seinem materiellen Vertheidiger macht, so dass seine freie Parteistellung dem Richter gegenüber nicht zur Geltung kommen kann, wie er auch dadurch schon gedrückt ist, dass der Staatsanwalt Zwangsbefugnisse hat, die über seine Parteistellung hinausgehen und der Richter nach dem Gesetz wenigstens formelle Anklagehätigkeiten gegen den Beschuldigten ausübt.

Ganz irrig aber wäre es, wollte man nun, um den Beschuldigten besser zu stellen, ihn als selbständiges Subjekt aus dem Verfahren hinaussetzen und an seine Stelle nach dem Vorschlage Hugo Meyer's oder Ortloff's und anderer eine staatliche Vertheidigungsbehörde treten lassen, so dass dann nur ein Staatsprozess entstünde, in welchem der eine Interessent völlig unberechtigt, rein passiv theilnähme. Das entspricht der Anschauung unserer Zeit von dem Wesen des Prozesses ganz und gar nicht. Das ist auch höchst überflüssig. Geben wir dem Beschuldigten volle prozessuale Parteirechte, geben wir ihm nicht nur das Recht, sondern auch die Möglichkeit, dass er seine Interessen vollauf darstelle, stellen wir ihn so, dass er nicht wie jetzt mit der Empfindung eines völlig Hüllosen der Macht zweier Staatsorgane in die Hand gegeben ist, und dass er das Gefühl eigener Verantwortung und Kraft gewinne, dann wird er auch anders auftreten, als er das jetzt

kann. Und wenn wir, was allerdings in vielen Fällen durchaus nothwendig ist, dem Beschuldigten von Staats wegen einen Vertheidiger zur Seite stellen, so muss das rechtzeitig geschehen, und der Vertheidiger bleibt Vertreter seiner Partei: leider hat auch hier die Prozessnovelle uns keine erheblichen Neuerungen gebracht (Pr.O. § 140).

Dritter Theil.

Prozessrechtliche Grundsätze für die Strafverfolgung.

§ 29.

Ich habe im bisherigen die Grundzüge meiner Ansicht dargelegt, ohne auf die eigentliche Prozesstheorie näher einzugehen. So bleibt es mir noch übrig, auch nach dieser Seite den Parteibegriff klarzulegen, insbesondere seine Elemente in den Einzelheiten unseres Prozesses selbst aufzudecken. Hier scheint mir Kürze noch mehr geboten, als bisher: die Fülle des Stoffes ist zu gross.

Gerade hier liegen übrigens eigenartige Schwierigkeiten vor, die ich schon in der Einleitung erwähnte: die dogmatische Ausbildung unseres Prozesses überhaupt, insbesondere des Strafprozesses ist noch verhältnissmässig neu und muss grossentheils erst aus den Anfängen herausgearbeitet werden; dabei ist der Civilprozess als der von jeher mehr juristisch-fein ausgebildete zuerst in Angriff genommen, und von ihm aus sind in den Strafprozess Begriffe übergeführt worden. Es ist daher sehr wichtig, dass wir über dem Zusammenhang der Prozessgebilde nicht deren Unterschied vergessen. Dazu kommt im Strafprozess eine viel grössere Schwierigkeit: die Incongruenz zwischen Gesetz und Praxis seiner Handhabung. Betrachten wir rein jenes, so haben wir ein Gebilde, das in Wahrheit kaum als bestehend bezeichnet werden kann, obwohl es doch unser einziges Objekt sein sollte: Wir würden dann die Richtung völlig überschauen, in welcher sich das Rechtsleben selbstkräftig fortbewegt. Unsere Prozessordnung war das Ergebniss einer noch lange nicht abgeschlossenen und

zudem nicht einmal einheitlich entwickelten Uebergangsbewegung; daher konnte sie unmöglich die Thätigkeit der im Strafprozess Betheiligten sofort der Entwicklung des Rechtslebens entsprechend regeln: sie muss Unebenheiten enthalten, Forderungen der Neuzeit mit Alterthümlichkeiten verbinden, was dann weder jene noch diese zur vollen Geltung kommen lässt. Im Leben treten dann diese Unebenheiten noch stärker hervor, und zu ihnen treten Momente, die unsere Rechtsanschauung völlig ändern und die Handhabung des Gesetzes in eine von vorneherein gar nicht beabsichtigte Richtung drängen. Wir werden Einzelheiten dieser Entwicklung kennen lernen und sehen, wie sehr das in der Praxis entwickelte Wesen des Prozesses oft von der rein gesetzlichen Ausbildung abweicht¹⁾.

Den Prozess²⁾ müssen wir ein Rechtszweckverfahren zur Verwirklichung eines Rechtsverhältnisses entsprechend dem objektiven Recht nennen³⁾. In dieser Allgemeinheit sind wohl alle Verfahrensarten einander gleich; alle dienen dem gleichen Zweck. Bei allen muss aber auch das zu verwirklichende Rechtsverhältniss nur ein subjektives sein, d. h. es soll bei ihnen nicht objektives Recht unmittelbar in die Erscheinung treten, wie beim Gesetz, der Verordnung, der Gewohnheit. Es handelt sich vielmehr nur um ein einzelnes, concretes Verhältniss, das unter dem Schutz des Gesetzes stehen soll.

Solche Rechtsverhältnisse, die wir auf allen Rechtsgebieten finden, die überhaupt die einzige Möglichkeit der Individuali-

¹⁾ Vergl. Schwarze, Zur Revision der Strafprozessordnung. Gerichtssaal 1886 (38), S. 31 ff.

²⁾ Siehe oben § 17, S. 74.

³⁾ Von dieser Richtung der Definition kann mich auch Wach, Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts, I, § 1, S. 3—5, nicht abwendig machen, wenn ich auch die Schärfe der Ausführung über den objektiven Prozesszweck anerkennen muss. Jedoch „Wahrung der Gerechtigkeit“ als Prozesszweck ist mir ein wenig zu allgemein; dabei kommt gerade das sachliche Interesse, der sachliche Zweck: Lösung eines Rechtsverhältnisses und die Selbständigkeit der Parteien, nicht genügend zur Geltung.

sirung des objektiven Rechts gewähren, können ausser durch Naturereignisse, denen wir rechtliche Bedeutung beilegen, ins Leben treten oder sich entwickeln durch eine Reihe der verschiedensten rechtlichen Zweckhandlungen: durch Vertrag z. B. oder durch Schiedsspruch: mit all diesen steht der Prozess allgemein gleich. Er hat ihnen gegenüber jedoch eine Besonderheit des Zweckes, die seinen Charakter bestimmt: er soll dazu dienen, ein bestehendes, unklares Rechtsverhältniss mit dem objektiven Recht in genauesten Einklang zu stellen, dem Gesetz die sicherste Anwendung im Einzelfall zu gewährleisten. Also dient der Prozess nicht der Neuschaffung eines Rechtsverhältnisses. Ich muss es auch als eine entschieden irrige Auffassung bezeichnen, wenn dem Prozessspruch die Bedeutung unterlegt wird, er setze ein neues, besseres Recht an Stelle des damit untergehenden alten: selbst wenn diese Anschauung historische Berechtigung haben mag, selbst wenn uns das urtheilsmässige Recht als lediglich auf dem Urtheil ruhend erscheinen mag: in Wahrheit ist doch der Zweck der Klage, dass ein behauptetes Rechtsverhältniss sicher gestellt werde, und immer bleibt das alte Interessenverhältniss das einzige. Nur kommen mit dem Prozess neue Interessenverhältnisse auf, die neue Rechte constituiren können (z. B. die Kostenpflicht)¹⁾.

So wenig wie der Prozess ein Rechtsverhältniss begründen soll, so wenig soll er es durchführen; er soll der Durchführung dienen durch Klarlegung seines Rechtszustandes, der damit erzwingbar wird; auch die Gewährung dieses Zwanges dürfen wir noch zur Aufgabe des Prozesses rechnen, und zwar weil heute, — wie wir sehen — nur Staatsprozess besteht und der Staat zugleich allein den Rechtszwang handhaben kann.

Die Durchführung des Rechtes selbst ist wieder eine Aufgabe, die ganz besonderen Regeln folgt, da hier die Benützung der Lebensgüter ganz anders in Rede steht, als bei der einfachen Rechtsfestsetzung.

¹⁾ Siehe Wach a. a. O., § 1, insbesondere S. 8.

Wenn der Prozess der Sicherung eines Rechtsverhältnisses, der Lösung eines unklaren Verhältnisses dienen soll, so verlangt er keineswegs, dass das Verhältniss unter den Prozessführenden streitig sei: er ist kein Rechtsstreit; tausende von Prozessen werden heute erledigt, ohne dass unter den Parteien ein Streit über ihr Recht bestünde: sie wollen nur grössere Sicherung, als sie selbst diese sich schaffen können. Diese Anschauung dringt heute wohl mehr und mehr durch¹⁾: gerade diese Ansicht, dass der Civilprozess einen Rechtsstreit voraussetze, was im Strafprozess nicht der Fall ist, liess einen nicht vorhandenen Gegensatz der zwei Prozesse auftauchen.

Die hiermit specialisirte Aufgabe des Prozesses verlangt für ihn besondere Faktoren und einen besonderen Betrieb, womit er sich abhebt von allen anderen Rechtszweckhandlungen, seinen wesentlichen Charakter erhält, der ihm für alle Gebiete gleichbleibt. Da er den Rechtsverhältnisstheilmern das bestmögliche bieten soll, so wird grösste Klarheit über den Thatbestand und gerechte, d. h. beiden Interessen gleichmässig entsprechende, keines bevorzugende Anwendung des Gesetzes hierauf verlangt. Das aber kann nur ein Dritter leisten, der von beiden Interessenseiten unabhängig, an keiner betheiligt ist, und so dasteht, dass er die Fähigkeit, das Recht und die Macht hat, über Thatbestand und Gesetz allseitige Klarheit zu schaffen. Er bedarf hierzu der Zwangsmacht über beide Betheiligte und über alle für das Rechtsverhältniss wichtigen Faktoren, — aber nur soweit die Prozessaufgabe das verlangt, — er muss aber auch Gewähr seiner Eigenschaften bieten, moralisch und formell. Dieser Dritte ist der Richter und heute um der Gewähr willen nur der Staatsrichter: der Prozess ist nur gerichtliches, und heute nur staatsgerichtliches Verfahren. Die Gewähr wird gegeben durch eine möglichst hohe, sichere Stellung des Gerichts (Unabhängigkeit von allen äusseren Einflüssen) und formell durch die Genauigkeit, die Regelung des Verfahrens und die Rechtsmittel.

¹⁾ Siehe Wach, S. 18, Planck, Lehrbuch, I. S. 199.

Der Richter ist es, der das Recht festsetzen soll und dem daher die grösste Klarheit über das Verhältniss verschafft werden muss: es ist beinahe selbstverständlich, dass er dementsprechend der aktivste Theil im Verfahren ist: wer über ein Objekt klar sein will, muss selbst denken, selbst alle Faktoren kennen lernen, alle Zweifel für sich beseitigen, selbst untersuchen. Es giebt trotz aller Logik heute noch kein ausrechenbares Denkschema für alle individuellen Geister: der Richter muss als Mensch seinem Gedankengang entsprechend alle Einzelheiten der Verhältnisse sich selbst klarlegen. Wir wünschen aber eine Controle der logischen Richtigkeit seines Denkens, der faktischen Genauigkeit seiner Anschauungen. Wir überlassen diese den unmittelbar Interessirten, den Rechtsverhältnisstheilnehmern. Es könnte auch der Staat die Aufsicht üben wollen: wie er sie schon in der Collegialität der Gerichte, der Prozessformen und dem Instanzenzug giebt, — die Allgemeinheit übt sie in gewisser Weise vermittelt der Oeffentlichkeit des Verfahrens; — jedes Weitergehen bedeutet einen Eingriff in die Rechtsverhältnisse der Personen, den unser constitutionelles Leben zurückweist. Zudem wird wohl der direkt materiell Betheiligte am ehesten und gewissenhaftesten die Controle üben. Zu dem Zweck schon ist die aktive Theilnahme der Rechtstheilhaber ein wesentliches Moment des Verfahrens: Selbstmitwirkung bis in die Einzelheiten, ja sogar Kenntniss des Gedankenganges des Richters wird ihnen gewährt.

Aber noch weitergehend bedürfen wir der aktiven Theilnahme der Rechtsinteressenten: sie kennen das Verhältniss am besten: sie helfen am besten zu seiner Aufklärung selbst mit, und dazu müssen wir ihnen das Recht und gegenseitig die Pflicht geben. Dadurch schon üben sie am besten die Controle des Rechtsprechenden, mit dem sie Hand in Hand arbeiten. Damit wird ihnen auch am einfachsten die ihnen jederzeit zustehende materielle Verfügung über ihr Recht gegeben. Zum Zweck der Sicherheit der Rechtstheilhaber in ihrem gegenseitigen Verhältniss und gegenüber dem Gericht verlangen wir eine genaue Umgrenzung des Rechtsverhält-

nisses, damit die Thätigkeit des Einzelnen genau bestimmt und jeder gegen Willkürlichkeiten der anderen Mitwirkenden sicher gestellt werde.

Nach diesen Gesichtspunkten müssen wir die Mitwirkung der Rechtsverhältnistheilnehmer und des Rechtsprechenden bestimmen, wieweit der eine den anderen bindet und selbst berechtigt und verpflichtet ist. Das wird sich ändern je nach der Natur der zu verwirklichenden Rechtsverhältnisse. Diese zur aktiven Mitwirkung Berechtigten nennen wir die Prozesssubjekte: Parteien und Richter, zwischen denen das Prozessrechtsverhältniss besteht. Dies ist das öffentlich-rechtliche Verhältniss zwischen zwei Parteien und dem Richter zur gegenseitigen Berechtigung und Verpflichtung, ein zwischen den Parteien behauptetes Rechtsverhältniss durch die Mitwirkung der Parteien und den Richterspruch zu verwirklichen. Prozess aber ist das Verfahren, in welchem das objektive Recht in einem subjektiven Rechtsverhältniss unter Mitwirkung der zwei Rechtsbetheiligten als Parteien durch einen staatlichen, unabhängigen, uninteressirten Richter nach staatlich geordneten Regeln festgesetzt werden soll.

Vielfach wird man diese Begriffsbestimmung für zu eng halten, und namentlich die aktive Mitwirkung der materiell Interessirten sowie die Unparteilichkeit des Richters als nicht begriffswesentlich bezeichnen. Ich gebe ohne weiteres zu, dass auch andere Rechtsverwirklichungsverfahren, namentlich einseitige, derart möglich sind, dass einer der Rechtstheilnehmer selbständig kraft seiner Macht in von ihm anerkannten Rechtsformen sich und dem anderen das Recht setzt: Das thut der Staat in der Polizei täglich, aber Niemand nennt das Prozess, und wenn der Staat durch Jahrhunderte im Untersuchungsverfahren derart polizeilich vorging, so hat er den Schein des Prozesses gebraucht, um parteiisch, souverän gegenüber dem Beschuldigten seine Macht auszuüben. Der Richter, der von jeher und überall als Rechtssetzer uns gegenübertritt, hat nur als Rechtsunbetheiligter volle Bedeutung. Wo wir einen allein die Rechtssprechung in Einzelfällen Handhabenden sehen, sehen wir ihn als Dritten über den Rechts-

interessirten stehen, und wenn er nur als Einzelmensch scheinbar uninteressirt dastünde. Nur bei einem Verfahren, dessen Zweck Rechtsfestsetzung ist, sprechen wir von Prozess: Ein Verfahren aber, das ausschliesslich diesem Zweck diene, hat keine selbständige Berechtigung, wenn der Interessirte selbst das Recht bestimmt, während er doch zugleich seine Macht ausüben will: Der Richter darf nicht ein zur Rechtsausübung Berufener sein.

Man wird wohl dies zugeben, und im Prozess rein das gerichtliche Verfahren sehen; man erklärt aber, dass damit noch nicht gesagt sei, dass nun auch die Rechtsinteressenten beide als Parteien mitwirken müssen:

entweder, weil solche überhaupt undenkbar seien, da nur objektives Recht zu verwirklichen sei,

oder wenn auch subjektives Recht vorliege, da der Richter allein von der einen Seite bestellt sei, die ihrerseits durch ihre allumfassende Macht auch die Gegenseite in sich einschliesse: Daher bedürfe sie selbst keiner weiteren einseitigen Vertretung, und der Gegner kann höchstens seine noch weitergehenden geringen individuellen Rechte geltend machen. So stellten z. B. Heinze und auch Zucker (Grünhut, Z. XV, 1888, p. 319 ff.), anderseits John und Otto Mayer die Sache für den Strafprozess, bezw. die Verwaltungsrechtsprechung dar. Ich gebe ihnen zu, dass, wenn ihre Grundanschauung über das Rechtsverhältniss überhaupt richtig ist, dass dann auch meine enge Definition von Prozess nicht passt: ich habe aber meine Auffassung schon dahin ausgesprochen, dass einmal nirgendwo — auch im Strafrecht nicht — das objektive Recht unmittelbar im Einzelfall sich individualisirt, und dass der Staat als allmächtiger im Rechte nicht gebundener Faktor heute nicht mehr besteht. Damit fallen beide Ansichten über den Prozess weg. Das Rechtsleben — auch auf den Gebieten des öffentlichen Rechts — verwirklicht sich in subjektiven Rechtsverhältnissen; nur für diese gilt der Prozess. Stellen wir in diesen einen Richter auf, wie wir ihn allgemein charakterisiren, dann müssen wir auch den Rechtsverhältnistheilnehmern beiderseits die volle Interessenverfügung be-

lassen, — und diese Forderung sichert ihnen nothwendig die Mitwirkung am Prozess, was für das Civilrecht ja auch von Niemandem bestritten wird. Das gleiche Verhältniss haben wir auf allen Rechtsgebieten und nur die eine Unterscheidung müssen wir behaupten, die von der Verschiedenheit der in den Verhältnissen hervortretenden Interessen herrührt. Da diese die Art der Rechtsverfügung beeinflussen muss, so muss auch die Rechtsthätigkeit der Parteien im Prozess auf den verschiedenen Gebieten besonders geregelt sein und das beeinflusst wieder nothwendig die Stellung des Richters.

Der Prozess selbst ist ein Rechtsverhältniss: Es scheint ungenau, dass wir ein Verfahren so bezeichnen; richtiger ruht wohl im Prozess ein Rechtsverhältniss zwischen den Parteien und dem Richter: Jedes Prozesssubjekt hat gegenüber allen anderen Recht und Pflicht bei der Entwicklung des materiellen Rechtsverhältnisses zur Eingehung und Lösung des Prozessverhältnisses mitzuwirken. Dies Rechtsverhältniss ist rein öffentlich-rechtlicher Natur: es bindet den Richter als Staatsorgan und die Parteien als Staatsangehörige; es kommt heute nur durch den Staat zu Stande, hat nur in dessen Bestand und Macht seinen Grund, seine Bedeutung in dem Wert, den die Allgemeinheit dem sicheren Bestehen objektiven Rechtes giebt.

Eigenthümlich freilich ist es, dass es seinen Ursprung in einem anderen materiellen Rechtsverhältniss nimmt, das verschiedenen Gebieten angehören kann. Es soll nur ein Mittel sein zur Sicherung eines anderen Rechtsverhältnisses: aber es ist völlig selbständig geworden, hat sich losgelöst von dem ursprünglichen Recht, folgt ganz selbständigen Regeln, nimmt durchaus eigene Formen an und besteht zwischen Personen, die als Theilnehmer des Prozessrechtsverhältnisses noch nicht in einem anderen Rechtsverhältniss zu einander zu stehen brauchen. Das ist für viele Bestimmungen der Parteithätigkeit wichtig: der Beklagte ist hier nur Partei, nicht Schuldner, — der Angeklagte nicht der strafpflichtige Thäter; nur eine Vermuthung besteht für diese Qualität. Auch dann, wenn das Ergebniss der Prozessuntersuchung ist, dass zwischen

den Parteien kein weiteres Rechtsband besteht, war das Prozessrechtsverhältniss völlig richtig und real; nach der gegenseitigen Ansicht hätten wir das eigenthümliche Schauspiel, dass lange Zeit hindurch zwischen Einzelnen Rechtshandlungen vorgenommen werden, die hintennach alle für nichtig erklärt, durch ein einfaches Wort aus der Rechtswelt rückwirkend ausgestrichen werden.

Das Verhältniss erzeugt Rechtsbeziehungen nach den drei Seiten der drei Prozesssubjekte: jede Partei ist der anderen gegenüber zur Thätigkeit verpflichtet und berechtigt und zwar einfach auf Grund der gegenseitigen Staatszugehörigkeit (nicht bloss der Staatsbürgerschaft): Jeder kann jeden anderen Staatszugehörigen in dies Verhältniss zu ihm formell zwingen. Es gehört aber zur Rechtsform, dass jede Partei auch gegenüber dem Richter, d. h. dem vom Staat anerkannten öffentlichen Organ der Rechtssprechung zur Thätigkeit verpflichtet ist. Als Staatsangehöriger wird durch die Form des Gerichtsanrufens der Beklagte vom Kläger zu dieser Thätigkeit verbunden, wie sich durch dieselbe Handlung der Kläger selbst verpflichtet. Durch die gleichen Formen aber wird der Richter gemäss seiner Stellung als Staatsorgan gegenüber den Parteien verpflichtet. Seine Thätigkeitspflicht ruht in der Staatsmacht, die ihn gegenüber dem Staat zur Handlung rechtlich verbindet. Aber zugleich giebt der Staat den Parteien das Recht, vom Richter als dem Darsteller dieser bestimmten staatlichen Thätigkeit dieselbe ihrerseits zu verlangen und anderweite Staatshülfe ihrerseits rechtmässig zur Erzwingung derselben anzurufen. Das wohl von Niemandem geläugnete Recht der Einzelnen gegen den Staat auf Rechtshülfe tritt gegenüber dem Richter im Prozess zu Tage. Wenn der Richter nur gegenüber dem Staat zum Urtheilen verpflichtet wäre, so müssten die Parteien diese Thätigkeit nicht innerhalb ihres Prozessverhältnisses, sondern gemäss eines anderen Rechts controliren und formell erzwingen können: dann wäre also z. B. die Revision oder Beschwerde, die sich uns faktisch einheitlich im Prozessverhältniss zeigt, der Ausfluss zweier verschiedener Rechtsstel-

lungen, — eine unnöthige, durch nichts gerechtfertigte Complication¹⁾).

Das Prozessrechtsverhältniss besteht nicht um seiner selbst willen; es soll einem anderen Verhältniss dienen²⁾). Aber in seinem Verlauf erzeugt es vollkommen selbständige Rechtsbindungen und Rechtsbestände. Die Thätigkeit seiner Subjekte geht in erster Linie nur auf Schaffung prozessrechtlicher Akte, mit welchen sich aber Rechtsverfügungen anderer Natur, — des zu entwickelnden Verhältnisses — verbinden können, trotzdem behalten alle diese Akte ihre rein öffentlich-rechtliche Natur bei. Der wichtigste prozessrechtliche Akt, auf den das ganze Verhältniss hinausläuft, das Urtheil, bringt sogar häufig die bedeutendste Veränderung des materiellen Verhältnisses zu Stande und ist damit zugleich ein wesentlicher Bestandtheil dieses letzteren geworden; bei Abweisung einer völlig unbegründeten Klage ist allerdings ausser dem Prozessrechtsverhältniss und dem daraus resultirenden, zu ihm gehörenden Kostenpflichtverhältniss nur ein negatives Rechtsverhältniss festgelegt. — Es giebt endlich materiell-rechtliche Verfügungen, die im Prozess vorgenommen werden und auf denselben einwirken, die aber mehr dem Rechtsgebiete angehören, aus dem sie entstammen, wie Anerkennung, Verzicht, Vergleich. Duldet dies Rechtsgebiet sie nicht, so kennt sie auch nicht der diesem dienende Prozess, so der Strafprozess.

Wegen der Selbständigkeit des Prozessrechtsverhältnisses aber sind auch die Prozessrechtsbegriffe — und so auch der der Partei — völlig selbständig zu construiren.

Dasselbe Verhältniss besteht überall, wo subjektive Rechte verwirklicht werden sollen, auch da, wo der Staat dieselben allein ausübt. Er kann wohl zu seinem Richter in einem ganz anderen Verhältniss stehen, als der einfache Staatsunterthan. Aber da er sich rechtlich binden will und soll, da er also dem von ihm Beschuldigten im Strafrecht oder dem im Ver-

¹⁾ Wach, Handbuch der Civilprozessordnung, § 15.

²⁾ Ebenda § 2, IV, S. 19; § 4, S. 34 ff., besonders S. 37, III.

waltungsrecht ihm gegenüber tretenden volle Rechte als selbständigen Personen einräumen will, so muss er nach unserer Auffassung der Rechtsverhältnisse gegenüber dem Gegner und dem Richter in ein Rechtsverhältniss, wie es eben geschildert wurde, treten. Dass insbesondere die Einheitlichkeit des Staates als Interessent und Rechtssprecher sich lösen lässt durch die Organisation, so dass also hier völlig rechtliche Bindung möglich wird, habe ich schon vorher dargelegt. Diese Erkenntniss wird auch wesentlich durch die Beachtung der Thatsache gefördert, dass das Strafprozessverhältniss nicht unmittelbar auf dem strafrechtlichen Unterwerfungsverhältniss sich aufbaut, mit dem es zusammenhängt, sondern auf einer ganz anderen allgemeinen Staatszugehörigkeit, aus der auch die Verpflichtung zur Civilprozessfolge entspringt.

Das wird freilich bestritten: aus dem Umstand, dass der Staat den Prozessweg für nothwendig zur Durchführung des Strafrechtes erklärt, folgert Bierling¹⁾, dass der Strafprozess ein Theil des Strafrechtsverhältnisses sei; er construirt das Strafrechtsverhältniss ganz willkürlich dahin, dass es zwischen Staat, Thäter und allen Rechtsgenossen bestehe; daher treten auch im Strafprozess immer dieselben Personen auf wie im Strafrechtsverhältniss. Wenn nun das Letztere zweifelsohne mit der Bierling'schen Anschauung über das Strafrechtsverhältniss fallen muss, so bleibt doch freilich noch so viel wahr, dass das Urtheil heute nothwendiger Bestandtheil des Strafverhältnisses ist: aber trotzdem bleibt auch hier das Rechtsmittel des Prozesses ein selbständiges Gebilde gerade so gut wie im Civilrecht, wo auch das Urtheil ein vollständiger, integrierender Faktor der materiellen Rechtsverhältnisse wird.

Allerdings ist hier eine andere Auffassung unseres Staatslebens nach der Richtung möglich, dass eine stärkere einheitliche Bindung der Unterthanen durch den Staat behauptet, der Rechtscharakter in der Staatsgewalt geringer betont wird. Eine solche Möglichkeit giebt der Anschauung auch ihre Berechtigung; ihre Darlegung hat aber mich nicht

¹⁾ Z., X, S. 298, 315 ff.

überzeugt; ich halte meine Interpretation der Thatsachen für richtiger, wenn auch viele Verhältnisse heute die gegentheilige Anschauung noch unterstützen.

§ 30.

Nach dem Vorhergehenden gehören zum Prozess nothwendig drei Prozesssubjekte, die zwei Parteien und der Richter. Das gilt ebenso für den Strafprozess, dem dieser Name nicht mit Recht zukäme, wenn neben dem Richter nur zum Schein zwei Personen in Parteirollen auftreten. Es müssen vielmehr zur Vertretung der Rechtsinteressen gegenüber dem Richter, der hiervon frei bleiben soll, die möglichen Strafrechtsinteressenten mit Prozessrechten auftreten: sonst hätten wir hier auch kein Strafprozessrechtsverhältniss. Meist wird den Parteien im Strafprozess diese Stellung nur „formell“ zugbilligt, die „materielle“ Parteistellung aber abgesprochen, womit wohl ausgedrückt wird, dass sie keine Verfügung über den Bestand des Strafrechts haben, so dass materiell der Richter Interessevertreter werden muss. Doch ist hier kaum zwischen zwei Schriftstellern Uebereinstimmung der Meinungen zu finden.

Wir müssen zur Klarstellung davon ausgehen, dass wir es nur mit prozessrechtlichen Begriffen zu thun haben, dass also nicht ohne Weiteres aus dem Rechtsverhältnisstheilnehmer eine Partei wird. Partei kann nur Jemand sein, der auch Rechtsverhältnisstheilnehmer sein kann, da er vom Richter für sich Feststellung seiner materiellen Stellung begehrt. Partei ist aber nur der, welcher vom Richter eine materielle Rechtsstellung für sich verwirklicht haben will, bezw. gegen den sie begehrt wird. Somit ist der Begriff immer ein „formeller“, d. h. rein prozessrechtlicher; aber er hat eine materielle Unterlage insofern, als die Partei allgemein im Stande sein muss, eine solche Stellung einzunehmen¹⁾. Wenn wir also dem Staat und dem strafmündigen

¹⁾ Den Unterschied zwischen materiellem und formellem Parteibegriff, wie ihn Wach, Handbuch, I, § 46 aus seiner Auffassung des

Thäter die Stellung als Strafberechtigter und Verpflichteter in rechtlichem Verhältniss gegen einander zuweisen, so haben beide materiell die Parteifähigkeit. Nicht aber hat sie „die Gesellschaft oder der Staat“ für den Thäter, denn jene bleibt materiell-rechtlich ausserhalb der Strafpflicht. Und wenn beide zur Verwirklichung ihres Verhältnisses als Ankläger und Angeklagter vor Gericht treten, so sind beide formell Parteien. Treten aber vor Gericht zwei Personen in Parteirolle auf, die materiell die Parteifähigkeit haben, so können beide auch materiell Parteien sein, d. h. beide können über ihr materielles Recht verfügen. Möglich wäre es freilich, dass diese Verfügung ihnen nicht bloss beschränkt, sondern sogar völlig entzogen und auf den Richter übertragen wäre: dann wären sie nur formell Parteien. Dann können sie wohl auf den Prozessgang einwirken, die Richterthätigkeit unterstützen; aber der Richter muss völlig frei sein in seiner Entscheidung über diese Mitwirkung, sonst hätten die formellen Parteien ja materiellen Einfluss auf das Rechtsverhältniss. Und ebenso muss es sein, wenn ein Rechtsverhältniss gar nicht besteht und nur zur besseren Untersuchung und Wahrung einer Rechtsform im Prozess aufgestellt wird, in welchem der Richter allein ein bestimmtes Rechtsinteresse wahren soll. In diesen zwei Gedankenrichtungen bewegt sich wohl die heutige Theorie zumeist: Otto Mayer verändert die erste Idee, indem er dem Angeklagten allein eine materielle Parteirolle zuerkennt, also das Recht eigener Interessevertretung.

Nun aber verlangt unsere Rechtsanschauung, dass der Richter nicht die sachlichen Interessen vertreten solle, und die Reform unseres Strafprozesses ging darauf, ihn davon so frei als möglich zu machen: man wünscht volle Richterfestsetzung für das Strafrecht, d. h. den Urtheilsspruch eines Uninteressirten.

Zusammenhangs von Prozess und materiellem Rechtsverhältniss folgert, kann ich nicht annehmen, so lange ich die Selbständigkeit des Prozessrechtsverhältnisses behaupte. Auch bei Wach scheint er mir zu stehen und zu fallen mit der Richtigkeit seiner Ansicht über das Wesen von Personenmehrheiten, die selbständig klagen und verklagt werden können, wie die offene Handelsgesellschaft.

Umgekehrt finden wir, dass die formellen Parteien im Strafverfahren eine Reihe von Verfügungsrechten haben, mit denen sie sehr erheblich auf das materielle Recht einwirken: vor Allem steht dem Staatsanwalt die Verfügung über die Erhebung der Anklage zu und beiden Parteien die Bestimmung über Annahme oder Anfechtung des Urtheils; ausserdem können beide durch ihre den Richter bindenden Beweisanträge und das Recht der formellen Abgrenzung des Streitfalles sachlich sehr wohl das Verhältniss wesentlich beeinflussen: ihnen stehen also materielle Verfügungsrechte zu. Solche müssen auch vorhanden sein und wenn sie auch durch Rechtssätze beschränkt, gebunden sind, irgend Jemand aber nicht der Richter muss sie ausüben. Das aber kann doch nur wieder der Rechtsverhältnisstheilnehmer sein, der als Partei formell vor dem Richter steht, und das gilt auch für das Strafrecht, da dieses ein subjektives Rechtsverhältniss zulässt. So sehe ich in dem Staat und dem Thäter formell Prozessparteien mit einzelnen, wenn auch keineswegs stark ausgebildeten Rechten einer materiellen Partei. Ich gestehe aber, dass mir die Unterscheidung dieser zwei Begriffe künstlich und wenig nützlich erscheint: aufgestellt nur, um es zu ermöglichen, dass man das Wort „Partei“ auf die vor dem Strafurtheilenden Auftretenden anwenden könne. Haben diese Zwei keine materiellen Parteirechte, dann kann ich sie auch nicht wohl Parteien nennen, dann ist der Urtheiler auch nicht Richter, dann ist unser Prozess eben noch nicht voll ausgebildet. Eine solche Stellung im Prozess ist aber ein Unding: namentlich ist es verkehrt, die Entwicklung dahin fortführen zu wollen, dass man nur die formelle Seite ausbildete: Wer ein wahres Gerichtsverfahren haben will, der muss die materiellen Parteirechte ausbilden.

Diese Trennung kommt aus der irrigen Vermengung der zwei Begriffe des Rechtsverhältnisstheilnehmers und der Partei: der zweite schliesst sich dem ersteren an, beruht auf ihm, ist aber nicht mit ihm übereinstimmend. Wenn man daher daraus, dass der Staat allumfassend auch das Einzelinteresse in sich aufnehme, folgert, dass er nicht Partei sein könne, so

überträgt man den vollen Interessebegriff auf das Prozessgebiet, statt auf diesem selbständig den Zwecken des Gerichtsverfahrens entsprechend den Parteibegriff zu finden¹⁾.

So concentrirt sich der Begriff der Partei dahin, dass darunter der im Prozess erscheinende Interessevertreter zu verstehen ist. Wenn wir zwei Rechtsseiten eines Verhältnisses vor uns haben, dann können sie auch im Prozess als Parteien auftreten, und wenn sie sich durch einen Richter das Recht setzen lassen wollen, dann müssen sie derart sich gegenüber treten. Sehr häufig soll ein Interesseverhältniss entwickelt werden, ohne dass die Theile einander widerstreiten, wie bei einer Gesellschaftsauflösung: man schlägt dann selten den Weg des Prozesses ein, wenn man nicht besondere Vortheile dadurch erlangen will, wie bei der Entmündigung zum Beispiel. Immer aber treten auch hier die Interessenten als Parteien, d. h. äusserlich einseitig einander gegenüber, ohne dass materiell die zwei Interesseseiten einander ausschliessen. Nur muss die Möglichkeit vorhanden sein, dass sich jede Seite verselbständigen, die eine aus der andern auslösen lässt: sonst könnte nur formell ein Parteispiel inscenirt werden. So lässt sich auch im Strafrecht das Interesse des Thäters mindestens aus dem staatlichen Gerechtigkeitsinteresse auslösen und verselbständigen, ja, ich behaupte, es ist ein selbständiges und steht als „Freiheitsinteresse“ immer der Staatsseite entgegen. In dieser Richtung kann es der Staat gar nicht in sich aufnehmen²⁾. Ist es aber selbständig und als solches in den Grenzen des Strafgesetzes von uns anerkannt, so verlangt unser Rechtsstaat auch, dass es selbständig im Parteirecht auftrete, dass sein Träger als Partei es geltend mache. Wir müssen dem als Thäter verfolgten Einzelnen materiell Parteirechte zugestehen, denen die Interessevertretung des Staates nur im Staatsanwalt entgegentreten kann, der selbständig vom Richter

¹⁾ Ob nicht vielleicht Planck, wenn er in seinem Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts, I, § 42, S. 199 ff. sagt, unter den Parteien selbst entsteht kein Rechtsverhältniss, dabei nur an den reinen Begriff der materiellen Partei denkt?

²⁾ Siehe oben § 19, S. 89.

eben deswegen gestellt wird, damit dieser interesselos urtheilen könne.

Vollkommen wird diese selbständige Darstellung des Interesses des Beschuldigten verkannt, sobald man sie deswegen läugnet, weil der Beschuldigte auch Beweismittel sei ¹⁾, eine schon oft zurückgewiesene Ansicht, die ganz übersieht, dass auch im Civilprozess die Parteien Träger eines Beweismittels und Objekte des späteren Urtheilsvollzuges sein können und dass man heute mehr und mehr die Parteien als Zeugen auftreten lassen will ²⁾. Auch vergisst eine solche Anschauung, dass Niemand das Geständniss des Angeklagten heute den übrigen Beweismitteln gleichstellt; es wird nur so weit zugelassen, als es nicht mit wesentlichen Parteirechten collidirt; jede Beweiswürdigung beachtet die Eigenart einer Beweisaussage der Partei (cfr. unten § 35, S. 238).

Diese einfache Bestimmung des Begriffs „Partei“ als eines Interessevertreters können wir besonders aus dem Civilrecht lernen, während umgekehrt das Civilprozessrecht die Unabhängigkeit des Begriffs vom materiellen Recht beim Strafrecht schärfer ausgeprägt findet.

Parteirechte müssen sich den Interessen angliedern, denen sie dienen sollen: je nach deren Ausbildung müssen auch sie beschaffen sein ³⁾. Daher kann es möglich sein, dass die Parteithätigkeit entsprechend durch das Gesetz beschränkt wird, wenn über das sachliche Interesse nur in beschränkter Weise verfügt werden soll, und dass man sogar nach prozessualen Controlen dieser Beschränkung sucht. Das kann im Civilrecht vorkommen und das ist der Fall für beide Seiten im Strafrecht. Wenn hier aber der Richter die Beschränkung der Interessedisposition bewachen soll, so darf nicht er dieselbe erhalten, wie das heute meist der Fall ist. Auch kann sehr wohl die Parteithätigkeit der zwei Seiten ungleich sein, wenn die Interessen ungleich sind: auch das ist im Strafrecht

¹⁾ Z. B. John, Kommentar, II, S. 185.

²⁾ Vergl. XXII. und XXIII. Deutschen Juristentag.

³⁾ Ueber die einseitigen Interessen der Parteien siehe das interessante Reichsge.U., III, 11. 6. 81, E. 4, 355.

der Fall, wo jedenfalls der Staat ein auch über die Gegenseite hinausreichendes Interesse hat. Dies braucht ihm noch nicht eine Stellung zu begründen, die nicht bloss die Partei hat, so lange sich nur seine Vorrechte alle auf die Schaffung des Gerichts und die Erlangung des Urtheils gründen; seine Stellung darf nicht als Doppelstellung aufgefasst werden, wie das Glaser thut¹⁾. Umgekehrt sucht der Favor defensionis den Interessen des Beschuldigten die ihnen entsprechende starke Stellung im Prozess gegenüber der natürlichen Uebermacht der Gegenpartei zu sichern²⁾. Etwas anderes aber ist es, ob die prozessualen Rechte deswegen ungleich sein dürfen: und das wird mit Recht bestritten, denn sonst wird ausser der dem sachlichen Interesse entsprechenden Prozessmacht der einen Seite ein weitergehendes Uebergewicht geschaffen, für das keine Berechtigung besteht. So muss jedes Recht auf Gehör, auf Controle aller Prozesshandlungen, auf Rechtsmittel beiden Seiten gleichmässig, und auch nicht etwa dem Staatsanwalt zu Gunsten des Gegners zustehen³⁾. Besteht aber diese Ungleichheit, so hebt sie doch noch nicht den Parteicharakter auf.

Der Staat wird als Strafberechtigter materiell und formell als Partei im Strafprozess durch den Staatsanwalt dargestellt: es verschlägt wenig, welchem der zwei Begriffe wir die Parteeigenschaft geben. Der Staat ist im Strafprozess auch der einzige Parteifähige auf der Klageseite, selbst wenn er durch einen Privaten in seinem Rechte vertreten wird; er ist auch immer parteifähig. Dahingegen kann dem Beschuldigten die Parteifähigkeit allgemein mangeln, wenn er als Thäter noch nicht strafmündig oder geisteskrank war oder dem Staat nicht strafunterthan⁴⁾. Ist er zwölfjährig, aber noch jugendlich, so ist er heute unter allen Umständen allgemein straf- und daher parteifähig; ist er Mangels Einsicht in einem besonderen

¹⁾ Handbuch, II, 139 ff.

²⁾ Ueber die Ungleichheit der Interessen siehe Glaser, Handbuch, I, S. 14 ff. und § 22, S. 239 ff.

³⁾ Ullmann, Strafprozess, § 3, S. 21, übersieht anscheinend den Unterschied zwischen Parteiungleichheit und Gleichheit der Waffen.

⁴⁾ Vergl. § 33, S. 175.

Fall noch nicht strafbar, so gilt er doch allgemein auch für dieses Reat schon für bedingt straffähig, daher als parteifähig.

Nicht jede Partei kann ihre Rechte selbständig im Prozess geltend machen: obwohl sie Interessesubjekt ist, kann sie nicht Prozesssubjekt sein, es mangelt ihr die Prozessfähigkeit, d. h. die Fähigkeit, selbständig durch prozessuale Akte den Gang des Verfahrens zu bestimmen, da sie vom Rechte wegen der Wichtigkeit dieser Handlungen für dazu unvermögend erklärt wird. Eine solche Beschränkung kennt aber das Strafrecht nicht: der Staat ist immer selbst durch das gleiche Organ, das ihn als Partei darstellt, auch Prozesssubjekt, und ebenso ist es der Fall bei dem parteifähigen Einzelnen; der erst nach der That geisteskrank gewordene Verbrecher ist nicht straffähig und daher schon nicht Partei, also schon aus diesem Grund nicht Prozesssubjekt. Das ist freilich in unserer Pr.O. nicht voll anerkannt: §§ 203, 487¹⁾. Hier wäre die Bestimmung, dass der Jugendliche nicht prozessfähig sei, sehr wohl am Platz. Dass diese Bestimmung nicht getroffen ist, kann als Zeichen noch nicht völliger Ausbildung des Parteiprozesses angesehen werden^{2) 3)}. Hier bringt übrigens die Novelle in § 140, Abs. 2, 2 eine leichte Aenderung der Auffassung mit sich, da sie dem noch nicht voll Strafmündigen vor dem Landgericht einen Vertheidiger als nothwendig beigiebt.

Nach allem Vorhergehenden wird uns die Scheidung der Rechtsverfügung oder materiellen Disposition von der Parteiverfügung oder formellen Disposition leicht: Letztere ist un-

¹⁾ Löwe, Note 20 a zu Buch II, Abschnitt I, vergl. Mittermaier, Strafverfahren, § 147.

²⁾ Cfr. Storch, Grünhut's Z., XVI, 1889: Beiträge zu der Lehre von der Parteivertretung im Strafverfahren, S. 320. — Ueber Prozessfähigkeit Jugendlicher siehe gute Bemerkungen neuestens bei Auerbach, Zweckwidrige Bestimmungen der Deutschen Civil- und Strafprozessordnung 1896, S. 37 ff. (Auch sonst sehr beachtenswerthe Bemerkungen.)

³⁾ Gegen diese gewöhnliche Bestimmung des Begriffs „Prozesssubjekt“ spricht Friedmann, Grünhut, XVII.

mittelbar nur auf die Schaffung von Prozessakten gerichtet und kann gültig nur von Prozesssubjekten ausgehen; ihre materielle Bedeutung ruht darin, dass sie für die Thätigkeit der übrigen Prozesssubjekte in irgend einer Weise bedingend oder bestimmend wirkt, während formell ihre Bedeutung nur dahin geht, dass durch sie die Form des Rechtsganges gewahrt wird. Durch die Parteiverfügung kann eine Rechtsdisposition vorgenommen werden, die aber nur dann von Werth ist, wenn die Partei Rechtsverhältnisstheilnehmer ist und wenn man ihrer Prozessverfügung materielle Bedeutung beigelegt hat. Und natürlich darf nie die prozessuale Handlung die Herrschaft der Grundsätze des Rechtsverhältnisses vereiteln, wie wir sie wesentlich in unseren zwei ersten Theilen dargelegt haben; umgekehrt muss aber die Prozessverfügung jede materiell-rechtliche Disposition möglich machen.

Die Prozessverfügungen sollen materiell den Prozess zum Urtheil führen, d. h. die sachlichen Rechtsinteressen soweit entwickeln, dass sie dem objektiven Rechte conform gestaltet werden können. Dieser Zweck und die Aufgabe des Richters, das Gesetz auf das Rechtsverhältniss anzuwenden, bestimmt die einzelnen Thätigkeiten: Jede Partei soll materiell das von ihr behauptete Interesse voll vertreten, formell Alles thun, was dem Richter und dem Gegner die Erkenntniss desselben ermöglicht und dabei darauf dringen, dass der Gegner nicht über seine Parteistellung hinaus eine dem Urtheil vorgreifende Rechtshandlung vornehme, dass der Richter den Prozess fördere und im Urtheil das zum Prozess gebrachte Rechtsverhältniss vollständig erschöpfe, aber auch nicht über seine Aufgabe der Rechtsfestsetzung hinausgehend Interessedispositionen vornehme. Auch die Controle der wissenschaftlich richtigen Rechtsanwendung geben wir den Parteien.

Es ist von grösster Wichtigkeit zu beachten, dass diese Thätigkeit nur durch den Endzweck des Urtheils getragen wird, also nur in ihrer Beziehung auf den Prozess Berechtigung hat. Das deuten die Meisten dahin, dass Parteien nur im Prozess möglich seien, während dieselben Personen ausserhalb des Prozesses eine Thätigkeit entwickeln können, die das

Urtheil geradezu vorbereiten, die auf dasselbe hinwirken soll, und daher aus eben den Gründen, die uns einen Prozessgang schaffen lassen, dessen Formen unterliegen muss; und doch soll hier von Parteistellung nicht geredet werden können. Das halte ich für irrig, denn es muss jede Thätigkeit mit Bezug auf den Prozess aus diesem Gesichtspunkt betrachtet werden. Aus dieser Anschauung wird z. B. gefolgert, dass der Staatsanwalt vor der Klage viel freier dastehe in seiner Rechtsverfügung, als später, was doch gerade durch den Prozess verhütet werden soll. Aus ihr erklärt sich auch der Streit, ob die Voruntersuchung schon zum Prozess gehöre, ob hier schon Parteien auftreten: und da doch Niemand abläugnen kann, dass die Voruntersuchung Prozessformen zeigt, während sie gerade die Parteithätigkeit nicht entwickelt hat, so folgert der eine, dass unser ganzes Verfahren samt der Voruntersuchung einheitlich überhaupt kein Parteiprozess sei (so John), der andre möchte, da er vor dem Hauptverfahren die Richterthätigkeit für principwidrig halten muss, die ganze Voruntersuchung beseitigt wissen (so v. Kries). Beides ist zu weit gegangen: die Voruntersuchung gehört zum Prozess, da ihre Aufgabe wesentlich dem Urtheil dient. Daher finden wir in ihr auch alle Verhältnisse für die Richter- und Parteistellung vorhanden, und deren folgerichtige Ausbildung ist unsere Hauptsorge (Glaser). Hier haben wir praktisch den wichtigsten Unterschied des Strafprozesses gegen den Civilprozess. Im bürgerlichen Recht hat der Interessent die Möglichkeit, ohne Schädigung des Gegners, d. h. ohne der Prozessform vorzugreifen, sein Rechtsverhältniss klarzulegen, seinerseits für den Beweis seiner Behauptungen zu sorgen: Wir bedürfen keines Richters zur Ausgleichung der Interessengegensätze, die nicht wichtig genug sind, um ihnen ein Staatsverfahren zu schaffen (wenn nicht etwa der Fall des § 447 C.P.O., oder Grund für einen Arrest und eine einstweilige Verfügung vorliegt). Im Strafrecht sind die Gegensätze von vorneherein so schroff, und ist der Einzelne gegenüber dem Staat formell so schwach gestellt, dass eine Ausgleichung der Interessen ohne Gericht nicht möglich ist: zudem verlangt die Beweis-

beschaffung und der gegenüber dem Beschuldigten nöthige Zwang die Leitung und Hülfe des Richters, damit diese Vorbereitung des Urtheils energisch und doch formell sicher geschehe. Damit wird die Voruntersuchung nothwendig ein Theil des Prozesses. Schon vor allem Prozessbeginn aber darf der, welcher als Partei auftreten will, keine Handlung mit Bezug auf den Prozess vornehmen, die ihm im Lauf des Gerichtsverfahrens der Gegner oder Richter verbieten könnte: Als Rechtsverhältnisstheilhaber kann er frei handeln, soweit das Gesetz dies zulässt: alles, was er aber als künftige Partei thun will, muss er schon jetzt den Prozessregeln anpassen. Und da der Staat nur durch den Prozess zu seiner Rechtsausübung gelangen soll, so sind alle seine vorherigen Handlungen mit Rücksicht darauf einzurichten. Der Staatsanwalt muss die Parteistellung von Anfang an wahren. Sonst wäre hier die für den Prozess nothwendig geforderte Anerkennung der gegnerischen Parteirechte, der selbständigen Stellung des Gegners illusorisch geworden ¹⁾).

Welche einzelne Thätigkeitsakte aus diesen Grundsätzen entspringen, werden wir besser im weiteren Verlauf unserer Untersuchung des heutigen Prozesses sehen. Hier genügen noch wenige Hinweise.

Vor Allem dürfen wir wohl kaum in der Art der Vertheilung der Prozessthätigkeit reine Zweckmässigkeitssache sehen. Freilich kommen vielfach solche Gründe zur Geltung, z. B. in manchen Punkten der Vertheilung der Stoffsammlung, wie schon die Sätze der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens mehr auf reiner Zweckmässigkeit beruhen. Aber welche Thätigkeit im Einzelnen den Prozesssubjekten zukommt, das muss mit Nothwendigkeit aus ihrer Interessensstellung, bezw. ihrer Partei- oder Richterfunktion folgen; aus diesen Stellungen ergiebt sich die Aufgabe des Einzelnen, die sich aber streng im Grunde abscheiden muss gegen die der anderen; der Richter darf nicht in die Interessenskreise übergreifen, keine der Parteien in die Sphäre des Rechtsprechen-

¹⁾ Siehe dagegen z. B. Ullmann, Lehrbuch, § 59, IV, S. 233.

den. Insbesondere also kann davon nicht die Rede sein, dass zwischen den zwei Staatsorganen im Prozesse nur nach Nützlichkeitsgründen die Staatsthätigkeit getrennt werde. Wenn wir die Zweckmässigkeit des Satzes der Prozessverwirklichung anerkannt haben, dann müssen wir folgerichtig nach Prozessregeln die Aufgaben vertheilen. Das hat allerdings unsere Gesetzgebung noch nicht gethan, und unsere Theorie betont diesen Satz kaum scharf genug.

Die volle Selbständigkeit der Prozessstellungen macht auch jede Partei verantwortlich für die Geltendmachung ihrer materiellen Rechte. Das ist ein wesentlicher Grundsatz des Parteibegriffs; nicht der Richter wird verantwortlich gemacht für die Art der Interessedisposition, sondern jede Partei muss selbst das thun, was sie für ihre Interessen gethan haben will, und muss selbst für diese Handlung die Folgen tragen. Nicht der Richter hat das Nöthige vorzunehmen, um die Interesseseiten klar zu entwickeln, sondern das liegt der Partei ob, die Interessent zu sein behauptet. Und wenn selbst im Civilprozess der Richter in der Prozessleitung und dem Frage-recht — insbesondere wie dies nach der Judikatur des Reichsgerichts zu handhaben ist — für die Entwicklung des Rechtsverhältnisses zu sorgen verpflichtet ist, so bleibt doch seine Thätigkeit auch hier stets in zweiter Linie. Im Strafprozess war vor der Reform der Richter allein für Alles verantwortlich, und auch heute noch überträgt man ihm einen grossen Theil der Verantwortung für die richtige Interessedarstellung. Gewiss darf auch hier wegen des Grundsatzes historischer Wahrheit der Richter stärker eingreifen in die Parteidispositionen als im Civilprozess, insbesondere muss er das, um die Stellung des Beschuldigten in der Thatsachensammlung der Gegenseite gleichzumachen; aber doch liegt auch hier kein Grund vor, die natürliche Vertheilung der Verantwortung unter die Parteien völlig zu verschieben: dass weder Richter noch Staatsanwalt voll die Strafverfolgung tragen, und dass der Staatsanwalt halb und halb auch für das Gegeninteresse zu sorgen hat, trägt bekanntlich gerade dazu bei, dass jede Verantwortung geschwächt, statt, wie das gemeint war, gestärkt

wird. Allerdings giebt unsere Prozessordnung beiden Parteien stets die Möglichkeit, durch bindende Anträge oder eigene Thätigkeit auf die Prozessentwicklung einzuwirken. Und auch das Reichsgericht strebt dahin, die Parteien auf die Nothwendigkeit eigenen Prozessbetriebes hinzuweisen; dennoch wird sich bei unserem heutigen Gesetz hier eine gründliche Verbesserung nicht vornehmen lassen ¹⁾.

Zum Schluss ist noch darauf hinzuweisen, dass trotz aller Selbständigkeit der Parteien diese Prozessgehorsam schuldig sind — dem Richter und dem Gegner. Es verlangt das der Zweck des Prozesses, die Nothwendigkeit der Einheit und des Zusammenwirkens der Prozesssubjekte. Getragen wird diese Gehorsamspflicht von der gerichtlichen Zwangsmacht des Staates. Daher ist sie im Civilprozess nach beiden Seiten völlig gleich ausgebildet, während im Strafprozess, wo eigenthümlich zwei Staatsorgane gegen und mit einander wirken, diese Pflicht nach der Seite des Staatsanwalts weniger zur Geltung kommt. Freilich ist auch der Staatsanwalt heute schon prozessual den Anordnungen des Richters völlig unterworfen wie der Gegner, er muss auch die Prozessverfügungen des Gegners vollständig anerkennen und kann sich nicht über dieselben hinwegsetzen. Aber z. B. es giebt gegen ihn kein Ungehorsamsverfahren, da dies eine über den Prozess hinausgehende materielle Bedeutung hat. Schliesst das den Parteibegriff bei ihm aus? Ich möchte sagen: nein, denn wenn auch die strengste Prozessausbildung dem Beschuldigten das Recht geben könnte, den Staatsanwalt seinerseits zur Prozessfolge zu nöthigen, so liegen doch bei diesem Staatsorgan so viele Besonderheiten vor, und verlangt auch die Forderung historischer Wahrheit, dass eine solche Pflicht hier unmöglich wird, was ja auch keineswegs schon den Staatsanwalt über seine Parteilichstellung hinaus hebt, so lange ihm nur nicht positiv richterliche Gewalt damit verliehen ist ²⁾.

¹⁾ Die Selbständigkeit der Parteistellungen im Strafprozess bespricht Ortloff gut gegen Kohler im Archiv für öffentliches Recht, XII, S. 93—97.

²⁾ Wahlberg, Grünhut's Z., I, 1874, S. 152 ff.

§ 31.

Wollen wir nun dem Parteibegriff weiter nachgehen, so können wir die interessante Frage der Prozessvoraussetzungen wohl übergehen, da sie uns nicht näher berührt; es bleibt uns aber übrig, den Gang des Verfahrens zu betrachten.

Vor Allem werden wir daran festhalten müssen, dass die ein Recht behauptende Partei, da sie über dessen Bestand zu verfügen ausschliesslich berechtigt sein soll, auch darüber allein bestimmen kann, ob sie dasselbe im Prozess verwirklicht sehen will. Ihr steht das Klagerecht zu; es ist ein schwerer Verlust an der Unparteilichkeit des Richters, wenn dieser über dasselbe verfügen kann. Und desshalb gerade wurde auf die Trennung der Klagerhebung von der Rechtsprechung bei der Umgestaltung besonders gedrungen.

Keineswegs steht die materielle Bindung der Klagbefugniss durch den Satz der Legalität dem entgegen, dass hier ein wahres prozessuales Recht vorliegt. Denn dieses hat seine Bedeutung nur im Prozess gegenüber dem Richter und dem Gegner, und wenn ausserhalb des Verfahrens das Recht zur Pflicht geworden ist, so bedeutet das noch nicht, dass damit dem Ausübenden oder dem Richter innerhalb des Prozesses eine andere Stellung zuzuweisen sei, da der Prozess mit seiner Thätigkeit völlig selbständig dem materiellen Recht gegenüber steht. Nur wenn die Bindung der materiellen Disposition der Partei durch den Richter bewacht wird, leidet dessen Unparteilichkeit Noth: und hier ist unsere Prozessordnung zu der merkwürdigen Halbheit vorgedrungen, dass einen Theil der Controle der Richter vornimmt, zu einem anderen Theil aber der strafverfolgende Staat sich ganz frei gestellt hat.

Das Klagerecht ist ein selbständiges, subjektives, öffentliches Recht gegenüber dem Richter und dem Beschuldigten: das gilt für das Strafrecht wie für das Civilrecht. Es beruht dies Recht auf dem materiellen Rechte, dem es dienen soll; aus diesem ist es entwickelt, diesem schliesst es sich nach seiner Art vollkommen an, so dass das Klagerecht in seinen einzelnen Bestimmungen verschieden sein muss nach der Ver-

schiedenheit der Rechte, für die es geschaffen ist. Ein Recht kann ohne Klagerecht bestehen, aber voll ausgebildet ist es erst mit demselben; dasselbe potenzirt, erhöht das subjektive Recht und giebt ihm eine öffentlich-rechtliche Sicherheit.

Aber wie es aus dem allgemeinen Bedürfniss entstanden ist, als Mittel zur Erlangung staatlichen Schutzes in der Rechtsordnung zu dienen, so ist es als publicistisches Recht selbständig geworden. Es steht nicht nur dem materiell Berechtigten zu und namentlich nicht nur dem, dessen Recht verletzt worden ist, sondern Jedermann hat als möglicher Rechtsträger das Klagerecht gegen Jeden als Rechtsunterthanen. Nicht wird durch die Klage eines sachlich Unberechtigten ein blosses Faktum geschaffen, sondern zur Sicherung des Rechtsweges ist es nöthig, dass auch diese Klage rechtliche Bindung hervorbringe¹⁾. Ausübung dieses Rechts ist auch dann nie an sich schon Unrecht, wenn ein materiell Unberechtigter klagt. Daher ist auch die Kostenpflicht des Abgewiesenen nicht Strafe. Der Grund, dass das Gesetz einer Partei die Kosten aufbürdet, liegt darin, dass der Staat ihr zu ihrem Vortheil ein Rechtsmittel zur Verfügung stellte: daher muss auch der siegende Kläger stets für die Kosten haften. Dass aber der Unterliegende in erster Linie und auch gegenüber dem Gegner für die Kosten haftet, das beruht nicht auf einer Laune des Gesetzes, sondern in der Anschauung, dass materiell wesentlich er es war, der den Prozess vermeiden konnte. Es ist irrig, darin, dass der Einzelne gezwungen werde zu solcher Rechtsfolge, einfach unmittelbaren Ausfluss der Staatshoheit zu sehen²⁾, der Nothwendigkeit, die Rechtsordnung als Frie-

¹⁾ Glaser, Handbuch, II, § 64, S. 48 f., bringt wohl praktisch völlig richtig, aber in dogmatisch bedenklicher Weise das Klagerecht mit dem Strafanspruch in Wechselbeziehung.

²⁾ Hier scheint mir Fischer, Recht und Rechtsschutz, Heft 6 seiner „Erörterungen“ 1889, Z. 2, zu einseitig vorzugehen. Auch Sohm, Grünhut's Z., IV, 1877, S. 457 ff., insbesondere S. 464—468, sieht in Allem nur Ausübung eines Staatsrechtes, das ganz frei ist von der Natur des materiellen (Privat-) Rechts. — Vergl. auch Wach, Defensionspflicht in Grünhut's Z., VI, insbesondere S. 537 ff., gegenüber Degenkolb, Einlassungszwang, §§ 1—4. — Wach's Ansichten im Handbuch, § 2, S. 19 ff.,

densordnung zu gestalten. Der Staat hat nicht das mindeste Interesse daran, dass einfach ein Prozessrechtsverhältniss um seiner selbst willen entstehe; ihm liegt nur daran, dass jeder ein Recht Behauptende die Möglichkeit seiner Prüfung und etwaigen Verwirklichung habe. Daher giebt er diesem das Recht, dass er mit Hülfe des Staats vom Richter und Gegner Mitwirkung zu diesem Verfahren erlange; nur dem einzelnen Klagenden gegenüber wird Richter und Gegner vom Staat zur Prozessfolge gezwungen; daher auch nicht etwa der Staat von sich aus den Ungehorsam der Prozesssubjekte straft, sondern hierzu stets des Antrags harrt — was er ohne Furcht vor übermässigem Missbrauch seiner Gewalt thun kann, da der Einzelne stets in den Schranken seines Rechtsverhältnisses gehalten wird. So ist das Klagerecht ein volles subjektives Recht, der Herrschaft des Einzelnen unterworfen. Der Streit über seine Natur scheint sich zu lösen, wenn wir auseinanderhalten, dass es im materiellen Sinne allerdings eine Potenz des materiellen Rechts ist (Recht des Berechtigten, eine Verletzung zu verfolgen), im formellen Sinne aber völlig selbständig das Recht auf Anrufung des Richters mit allen seinen Folgen¹⁾.

Ebendieselbe Natur hat das Klagerecht auch auf strafrechtlichem Gebiete: nur treten hier Besonderheiten auf. Zwar

über den Rechtsschutzanspruch und seine Abweisung des selbständigen Klagerechts folgen aus seiner objektiven Definition des Prozesses. Und doch verselbständigt er seinen Begriff derart (S. 34, 37), dass ich nicht einsehe, warum ich nicht noch den Schritt weiter thun und das Klagerecht statuiren soll. Trotz der Richtigkeit des Satzes S. 20, dass nur das bedrohte Recht des Schutzes bedarf, bleibt es wahr, dass Jeder das Klagerecht als Eventualrecht hat. Wenn Klagen auch nach Wach rechtserheblicher Thatbestand ist, dann muss doch, da die Klage eine Zweckhandlung ist, ein Recht zu ihrer Vornahme da sein; sonst stünde sie etwa dem Naturereigniss gleich, das auch rechtserheblich sein kann. Der Ansicht Wach's folgt auch ganz Trutter: Ueber prozessuale Rechtsgeschäfte 1890, insbesondere S. 33, 221 ff.

¹⁾ Reinhold, Z. f. Civilprozess, XXI, S. 1, Nr. 4. — Für das Beste halte ich Plósz, Beiträge zur Theorie des Klagerechts. Leipzig 1880. — Alle diese Ideen von „materiellen“ und „formellen“ Rechten gehen auch hier wie beim Parteibegriff recht auseinander. Stelling, Anklagebesserung, S. 1 ff., nennt materielle Klage den Strafanspruch.

bleibt es volles subjektives Recht¹⁾ und ist es völlig selbstständig, aber wegen der öffentlich-rechtlichen Natur auch des gesamten Strafrechts scheidet sich das Klagrecht in seinen Eigenschaften nicht so scharf von diesem. Immer kann nur der allgemein Strafberechtigte, der Staat, es haben, er hat es immer als Strafberechtigter, nicht etwa als Rechtsschutzbedürftiger, und daher ist es ziemlich unwichtig, zu prüfen, ob es aus der allgemeinen Strafpflicht oder der Gerichtspflicht des Staates herstamme, ob es mehr von der Natur dieser oder jener an sich trage. Es beruht nicht wie das Klagrecht im Privatrecht auf dem Anspruch auf Rechtsschutz des Staates, sondern auf dem Recht des Staates auf eigene Aufrechterhaltung des Friedens, und anderseits auf dem Recht des einzelnen Staatsunterworfenen auf absolute Geltung des Gerichtsschutzes im Strafrecht: diese zweite Grundlage erkennt erst der moderne Rechtsstaat an. Deswegen auch, weil es immer mit dem Strafrecht verbunden ist, weil es nie ein naturales, klagloses Strafrecht giebt²⁾, erscheint es mehr von seiner materiellen Seite, ist seine Selbständigkeit und die daraus für den Gegner sich ergebende günstigere Stellung nicht so scharf erkannt und ausgebildet — wie umgekehrt seine Absolutheit die freie Verfügung des Strafberechtigten einschränkt, also materiell wirkt.

Ferner zeigt sich die enge Verbindung des Klagrechts mit dem materiellen Rechte und also eine Besonderheit auf dem strafrechtlichen Gebiete darin, dass hier der Klage nie eine Gegenklage folgen, also nie der Staat in irgend einer Art verurtheilt werden kann. Wenn davon formell eine Ausnahme nach § 428 bei der Privatklage gilt, so ist doch materiell die Sachlage eine ganz andere als im Civilprozess, denn auch hier wird nicht die Partei, der Staat angegriffen, sondern nur die Parteivertretung, der als Kläger Auftretende in seiner Privatpersönlichkeit.

¹⁾ Vergl. übrigens Degenkolb, Eidlassungszwang und Urtheilsnorm, S. 77/78.

²⁾ Zu dogmatisch: Binding, Handbuch, I, S. 193, I.

In dem Strafklagerecht tritt gerade die Natur der Staatsorganisation in ihr Recht: für das Strafrecht als solches bedeutungslos, wird die Organisation die Grundlage der Ausbildung des Klagerechts, das sich auch gegen den Strafrichter wendet, der als selbständiges Organ gegenüber dem Staatsanwalt prozessual verpflichtet wird.

In ihm zeigt sich auch die Anerkennung der persönlichen Selbständigkeit des Thäters, der wie ein civilrechtlich Verpflichteter behandelt wird, der die formelle Einhaltung des Klagerechts verlangen kann. Eben deswegen können wir für die Theorie unseres Prozesses nichts aus dem alten Untersuchungsprozess herüberholen, da dort der Beschuldigte eine ganz andere Stellung ohne vollselbständige Rechte gegenüber dem ihm gesetzlich gewährten Formenschutz einnahm und ein Klagerecht unter Anerkennung seiner freien Rechtspersönlichkeit nicht bestand, dessen formelle Einhaltung der Beschuldigte heute prozessual erzwingen kann ¹⁾.

Eine ganz wesentliche Verschiedenheit des Strafklagerechts von seinem bürgerlichen Geschwister zeigt sich in der Art, wie es zur Geltung kommt, eine Besonderheit, die eng mit der Frage zusammenhängt, ob die Voruntersuchung Theil des Prozesses sei. Die Ausübung des Klagerechts bezeichnet jedenfalls den Beginn der Prozessakte. Setzen wir nun nur das Hauptverfahren gleich Prozess, so liegen eine Reihe von formell gebundenen Handlungen in der Voruntersuchung ausserhalb des Prozesses; wir haben die Eigenthümlichkeit, dass der Klagende schon vor der Ausübung seines Klagerechts desselben gegenüber dem Gericht verlustig gegangen ist, dass eine Reihe von Prozessvoraussetzungen schon in Wirksamkeit getreten sind und prozessuale Akte vorgenommen werden können. Das scheint mir ganz unmöglich und kann bei dem

¹⁾ Die interessante Frage, ob heute das Reich oder der Einzelstaat das Strafklagerecht habe, kann ich gegen Bindig, Handbuch, I, S. 194 (Bennecke, Lehrbuch, § 41, II), nur dahin beantworten, dass das Reich allein klagberechtigt ist aus dem gemeinen Strafrecht, und die Staaten einfach die Vollzugsorgane des Reichsrechtes darstellen. Siehe oben § 26, S. 137.

Hauptvertreter dieser Richtung, v. Kries, nur daraus erklärt werden, dass er in der Voruntersuchung nicht die strenge Ausbildung der Parteiformen und die unmittelbare Richtung des Beweises auf das Urtheil zu finden vermag und daher bemüht ist, dies inquisitorische Gebilde möglichst aus dem Prozess zu verbannen¹⁾. Wenn wir uns aber der Erkenntniss nicht verschliessen, dass die Sammlung der Beweise nach der Art, wie bei uns das Strafgericht urtheilen soll, nicht wohl nur im Hauptverfahren vor dem erkennenden Gericht erfolgen kann, aber doch auch nicht ausserhalb des Gerichtsverfahrens vor sich gehen darf, dass, wenn auch hier wesentlich der Parteizweck des Klägers im Vordergrund steht, dieser doch stets dem Endzweck des Prozesses untergeordnet bleibt, so werden wir unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung unseres heutigen Verfahrens aus dem Inquisitionsprozess nicht wohl umhin können, in der Voruntersuchung einen Theil des Prozesses zu sehen, der noch wenig nach den Reformideen ausgebildet ist, aber diese Ausbildung für sich in Anspruch nimmt. Das zeigt sich deutlich heute schon: in der vollen Bindung beider Parteien, namentlich auch der klagenden, gegenüber dem Gericht, das von jetzt an zur Sachentscheidung berufen ist, anderseits in dem Parteibeschwerderecht gegenüber der Voruntersuchung (§ 181 der Prozessordnung) und im Ergänzungsrecht des § 195 der Prozessordnung, in der Wirkung der Prozessvoraussetzungen, bezw. ihres Mangels (die von Kries überflüssig eine „anticipirte“ genannt wird)²⁾, in der Beschränkung des Verfahrens auf die vom Ankläger genannte That. Allerdings ist dem gegenüber zu bemerken, dass erst der Eröffnungsbeschluss für das Urtheil die massgebende Begründung abgibt, und dass die Akte der Voruntersuchung nicht unmittelbar der Revision unterliegen. Das zeigt aber nur noch deutlicher den bloss vorbereitenden Cha-

¹⁾ Vergl. Z., V, S. 1 ff., IX, S. 1 ff. — Darüber in § 33 unten; siehe oben § 30, S. 178.

²⁾ Z., V, S. 21—23; nach S. 43 ff. spricht v. Kries doch wieder von Bedingungen der Voruntersuchung.

rakter dieses Verfahrensabschnittes und die theoretische wie praktische Halbheit der Reform unseres deutschen Prozesses. Ich werde später (§ 33) hiervon noch weiter zu sprechen haben. Hier betone ich nur: das Klagerecht wird ausgeübt durch den Antrag auf Voruntersuchung; die formelle Festsetzung des Klaganspruches aber erfolgt erst nach diesem ersten Vorbereitungsabschnitt; daher sind beide Zeitmomente: Antrag auf Voruntersuchung und Eröffnungsbeschluss für die Bestimmung des Klaginhalts von Bedeutung. Daher müssen wir auch für die Voruntersuchung volle Ausbildung der Parteirechte anstreben.

Verfolgen wir nun das Klagerecht in seiner Funktion weiter¹⁾, und beachten wir zuerst seine Bedeutung gegenüber der Gegenpartei und dem Gericht. Aus dem Klagerecht ergibt sich ein Einlassungszwang für den Klagbelangten. Mag dessen Natur und Bedeutung für den bürgerlichen Prozess umstreitbar sein, im Strafprozess hat der Beschuldigte als Angehöriger der Friedens- und Rechtsordnung die Pflicht, positiv sich auf die Klage einzulassen und zur Entwicklung des ganzen Verfahrens mitzuwirken. Zur vollen Wirkung der Klage gehört sogar seine Einlassung (Pr.O. §§ 203, 318) wegen der erhöhten Bedeutung, die seiner Persönlichkeit hier zukommt; er wird hierzu gezwungen, und ebenso wird ihm die dauernde Möglichkeit aufgenöthigt, zum Prozess aktiv mitzuwirken²⁾, während die rechtliche Anerkennung seiner persönlichen Selbständigkeit darin liegt, dass ihm diese Möglichkeit formell nicht verkürzt und er nie zur aktiven Theilnahme selbst genöthigt werden darf. In der Gestaltung dieser strafprozessualen Einlassung liegt einer der wesentlichsten Faktoren des Parteirechts, das freilich auch hier in der Voruntersuchung weniger zu Tage tritt, da hier die persönliche Mitwirkung des Angeeschuldigten noch nicht zur Entwicklung des Rechtsverhältnisses nöthig ist.

¹⁾ Siehe Glaser, Handbuch, I, § 22.

²⁾ Mit vielem Vorbehalt stimme ich hier Kohler, Recht und Prozess, IV. Gesammelte Beiträge, S. 50 ff., 60 ff., bei.

Es beruht der Zwang zur Mitwirkung aber nicht auf der positiven Verpflichtung des Thäters gegenüber dem Staat, zur Verwirklichung des Strafrechtsverhältnisses mitzuwirken¹⁾, denn dann könnte eben nur gegen den wirklichen Thäter mit Recht der Zwang angewendet werden; vielmehr hat jeder Staatsunterthan als solcher die Prozesspflicht, die vom materiellen Strafrecht auch in dieser Richtung ganz unabhängig ist: gerade aus der Verkennung dieses Satzes folgen viele irrige Anschauungen über die Stellung des Angeklagten, der immer als der „dringend Verdächtige“, der muthmassliche Verbrecher erscheint und rein nur als solcher behandelt wird²⁾.

Eine Besonderheit des Strafprozesses ist endlich hier noch zu erwähnen: es liegt die Geltendmachung der Prozesspflicht des Beschuldigten nicht, wie im Civilrecht, in der Hand des Klägers, sondern völlig in der Macht des Gerichtes, was wohl historisch aus dem inquisitorischen Verfahren herzuleiten ist, aber auch dogmatisch gerechtfertigt werden kann. Denn einmal sind Staatsanwalt und Richter doch immer Organe desselben Staates, so dass es ganz natürlich erscheint, dass der Richter die dem Staate geschuldete Gerichtsfolge auch ohne Antrag des Klägers erzwingt (vergl. Pr.O. § 229), zumal da er in der Verwirklichung des Strafrechtsverhältnisses eine absolut nothwendige Stellung einnimmt, und sodann dürfen wir nicht übersehen, dass dieser Zwang sich vielmehr als im Civilprozess auf die Person des Beschuldigten bezieht, der auch als Träger eines Beweismittels erscheint, so dass schon aus diesen Gründen das Gericht viel mehr an der Erlangung der Mitwirkung des Beschuldigten interessirt ist. So zeigt sich in der Einlassung, einmal, dass dem Staatsanwalt nicht Rechte über seine Parteistellung hinaus gegeben werden, sodann, dass ihm recht Vieles von Parteirechten genommen ist, was ihm wohl zustehen könnte. —

Gegenüber dem Richter hat das Klagrecht den Inhalt,

¹⁾ So Bierling, Z. f. Strafr., X, 278 ff.

²⁾ Siehe z. B. Kleinfeller, Gerichtssaal 1892 (46), S. 338 ff., hier S. 344 bezügl. des Rechtes auf Gehör (ähnlich wie Heinze mehrfach).

dass der Prozess fortentwickelt und zu Ende geführt, also insbesondere, dass ein Sachurtheil gefällt werde. Hierfür sind den Parteien nirgendwo — auch im Civilprozess nicht — grosse Garantien gegeben, so dass allerdings die Prozesspflicht des Richters mehr als Amtspflicht gegenüber dem Staat erscheinen mag; nur darin, dass das selbständige Zusammenwirken dreier Subjekte überall nöthig ist, dass ein stets dreiseitiges Verhandeln vorliegt, haben wir eine gewisse Gewähr für die rechtmässige Entwicklung des Prozesses; es stehen jedenfalls dem Staatsanwalt wie dem Beschuldigten alle vorhandenen Prozessgarantien zu, so dass hier von einer Minderung der Parteistellung nicht gesprochen werden kann. Die Entscheidung ist die Antwort auf die Klage: entweder rein formell, — nur Zurückweisung des Prozessrechtsverhältnisses wegen Mängel in demselben —, oder zugleich materiell Anerkennung oder Zurückweisung des Klaganspruchs, womit aber jedesmal das Prozessrechtsverhältniss völlig erschöpft ist¹⁾.

Ist aber das subjektive Recht vollständig anerkannt, dann muss es der Staat zugleich auch „aktionsfähig“ gestalten, erzwingbar, so dass im verurtheilenden Erkenntniss stets zugleich ein Zwangsbefehl ruht, mag er als solcher ausgesprochen werden oder nicht. Diese Funktion des Urtheils ist im Strafprozess dieselbe wie im Civilverfahren: ich kann keinen Unterschied finden. Keineswegs geht irgendwo mit dem bejahenden Urtheil das materielle Recht des Rechtsverhältnisstheilnehmers unter, oder wird erst ein Recht neu geschaffen; im Gegentheil, es wird unter Aufhebung des concreten Klag- und Prozessrechts der Rechtsanspruch des Klägers als bestehend anerkannt und vollwirksam gemacht. Dem steht nicht entgegen, dass durch ein unrichtiges Urtheil allerdings unter Umständen ein neues Recht geschaffen werden kann. Dies ist rein eine Folge der Selbständigkeit des Prozesses, woraus das Urtheil stets selbständige Kraft erhält, und nie der Zweck der Klage, demselben sogar direkt widersprechend.

Es scheint mir unnöthig, zu ergründen, ob dieser Straf-

¹⁾ Siehe insbesondere v. Kries' Aufsatz in Z., V, S. 1 ff.

anspruch als Recht auf Strafe gegen einen bestimmten Uebelthäter von dem absoluten Strafrecht, als dem Recht des Staats auf gesetzliches Verhalten gegen Jedermann verschieden ist, und bislang, bis zur That, nur potentiell in diesem enthalten war: das subjektive, concrete Strafrecht gegen diesen Thäter besteht seit der That jedenfalls und bedarf nicht mehr der Gründung, sondern nur der gesetzlichen Sanktionirung¹⁾.

Zum Schlusse bedarf es noch des Hinweises darauf, dass die Strafklage die feste Grundlage des Beweises bildet wie die civile Klage, was als einer der wesentlichsten Faktoren des Parteiverfahrens zu gelten hat: Der Rechtsanspruch, den der Kläger dem Richter unterbreitet, den er bestimmt nach Inhalt und Umfang, bildet nicht nur den Kernpunkt des ganzen Verfahrens, sondern er bezeichnet unverrückbar den allein, aber auch völlig auszufüllenden Kreis für das Urtheil, und dementsprechend für die Stoffsammlung, die daher nur immer wieder die Antwort auf die Klagfrage zu berücksichtigen hat.

Das ist bisher unzweifelhaft der Sinn, den eine unbefangene Betrachtung unseres Gesetzes ergiebt: Freilich erweitert die Praxis gar oft die Stoffsammlung ohne jede Rücksicht auf die klagmässig gezogenen Grenzen²⁾. Eben wegen dieser Bedeutung des Klaganspruchs für die Beweiserhebung ist es auch den Parteien als materiell Interessirten zuzulassen, dass sie auf das Verfahren bestimmenden Einfluss haben, sonst entginge ihnen jede Controle des Prozessrechtsverhältnisses. Deswegen ist es aber auch der bedenklichste Schritt rückwärts, wenn die Novelle zur Prozessordnung hier den Parteien ihr Bestimmungsrecht zu beschneiden sucht³⁾, das an sich schon

¹⁾ Siehe Binding, Handbuch, I, § 39, S. 194, IV. Dagegen z. B. v. Kries l. c., S. 12.

²⁾ Vergl. die vorzüglichen Darlegungen Glaser's im Handbuch, II, § 63, S. 34 ff. im Anschluss an Gerichtssaal 1884 (36), S. 81 ff. — Dass ehemals die Klage lange nicht so strikt die Grenzen zog, dafür mag nur das preussische Prozessgesetz vom 3. Mai 1852, Art. 30 gelten. Vergl. Allg. Deutsche Strafr.-Ztg. 1869, IX, S. 560.

³⁾ Siehe Facilides im Gerichtssaal, 50, S. 401, „Sogenannte Verhandlungsmaxime“.

gering ist, aber da hier wesentlich der materielle Parteieinfluss hervortritt, besondere Bedeutung hat. Diese Stellung der Klage im Verfahren müssen wir schon in der Voruntersuchung erkennen; allerdings tritt sie hier im Gesetz, mehr noch in der Praxis, sehr zurück, ohne aber dass wir deswegen mit v. Kries¹⁾ zu dem Ergebniss kommen könnten, dass die Klage nicht auch ein wesentliches Merkmal des akkusatorischen (besser Partei-) Charakters der Voruntersuchung sei.

§ 32.

Es wird angezeigt sein, hier zum Schluss unserer Betrachtungen die gesetzliche Ausgestaltung der Parteistellung wenigstens in ihren Grundzügen zu verfolgen, doch sollen nur die wichtigsten Punkte in ihrer Beziehung zu der Parteithätigkeit hervorgehoben werden. Es wird sich hieraus am besten ergeben, welchen Charakter die Staatsanwaltschaft heute trägt, und dass man kaum sagen kann: Die Staatsanwaltschaft ist Partei mit einigen Abweichungen, oder aber: sie ist es nicht, hat jedoch einige Parteirechte. —

Unzweifelhaft ist die Strafklage die wichtigste Prozesshandlung des Anklägers, da sie dem ganzen Verfahren sein Gepräge zu geben bestimmt ist. Dass hier die materielle Verfügung über das Strafrecht dem erkennenden Gericht wenigstens entzogen ist, ist nicht zu bestreiten. Formell, also prozessual, liegt nach dem Gesetz ein vollauf alle drei Prozesssubjekte bindender Antrag vor, nicht bloss eine das Gericht in seinen Entschlüssen freilassende, nur seiner psychologischen Höherstellung wegen ausserhalb desselben verlegte Thätigkeit eines Gerichtshülforgans.

Daher muss die Strafklage vor Allem den Prozessvoraussetzungen genügen, deren Beachtung ein Recht des Gerichts gegenüber dem Kläger, und des Angeschuldigten gegenüber diesen beiden ist. Daher kann dasselbe nur in prozessualen Formen verwirklicht werden; immerhin ist es heute, wie v. Kries nachgewiesen, noch keineswegs einheitlich durch-

¹⁾ Z., V, S. 16, Anm. 14 u. Text.

gebildet, was wohl übrigens wesentlich auch daher stammt, dass wir gerade auf diesem Gebiete Feinheiten des Prozesses finden, die erst nach genauester dogmatischer Vorarbeit auch vom Gesetzgeber consequent ausgebildet werden können. Wir müssen aber darauf hinweisen, dass gerade auf die Einhaltung der Prozessvoraussetzungen sich die Individualrechte des Beschuldigten wesentlich erstrecken, dass also in ihnen ein bedeutsames Element des Parteiprozesses ruht, insbesondere, dass die Klage als eine Parteihandlung auftritt, welche dem Gegner Rechte verschafft¹⁾).

Sofort mit Klagerhebung tritt ferner der Gegner in das Prozessrechtsverhältniss ein, es entsteht Rechtshängigkeit, welche volle Bindung des Staatsanwaltes an dies Prozessverhältniss gegenüber dem Angeschuldigten bedeuten soll. Hier freilich haben wir in unserem Prozess Bildungen, die dem Parteiverfahren nicht entsprechen. Vor Allem ist zu beachten, dass die Klage erhoben wird durch ihre Einreichung bei Gericht, also der Gegner hierbei noch unberücksichtigt bleibt. Das weist darauf hin, dass in erster Linie die Strafklage nur dem Gericht gegenüber Bedeutung habe. Allerdings treten gewisse Rechte des Gegners wohl sofort in Wirksamkeit: z. B. dass nun die Klage nicht zu gleicher Zeit noch einmal angebracht werden dürfe. Aber das Wesentliche der Klage in ihrem Charakter als Parteihandlung hat die Strafklage bei uns nicht, dass nämlich nunmehr der Beklagte ein unmittelbares, eigenes und volles Recht auf den Prozess sofort erhalte. Trotz richtiger Klagerhebung kann der Staatsanwalt noch den Prozess einseitig rückgängig machen: er steht also hier über dem Gegner, und ein Prozessakt, der ihn gleichzustellen unmittelbar berufen wäre, ist nicht vorhanden. Es giebt keine Klagzustellung oder derartiges, auch § 199 Pr.O. stellt eine solche nicht dar, da die Mittheilung der Anklageschrift doch andere Zwecke verfolgt und schon vorher die Untersuchung eröffnet sein kann; in dieser Hinsicht steht die Voruntersuchung dem Hauptverfahren ganz gleich, und die No-

¹⁾ Siehe darüber unten § 33, S. 209.

velle will durch Streichung dieses § 199 noch den letzten Schein eines solchen Parteirechts beseitigen. Das Recht umgekehrt auf die Nichtrückziehbarkeit der Klage erlangt der Beklagte nur durch das Medium des Gerichts, und dieses nothwendige Moment der Rechtshängigkeit ist nur aus einem anderen Gesichtspunkt zu prozessrechtlicher Bedeutung gekommen. Der Staatsanwalt kann die Strafklage nicht mehr zurückziehen, sobald das Gericht die Untersuchung eröffnet hat, sei das nun, dass unmittelbar der staatsanwaltschaftliche Antrag auf gerichtliche Voruntersuchung ging, sei es, dass das Gericht seine Thätigkeit anderswie beginnt. Der Gedanke ist offenbar der: sobald das Gericht seine aktive sachliche Thätigkeit aufgenommen hat, hört der Staatsanwalt schon wegen der Absolutheit des Prozesses auf, über den Strafanspruch zu verfügen. Es ist also rein die Rücksicht auf das Gericht, und nicht das Recht des Beschuldigten, worauf sich die prozessuale Bindung des Klägers nach dieser Richtung gründet¹⁾. Daher kann auch der Beschuldigte kein Prozessrecht zur Geltendmachung derselben anwenden. Die materiellrechtliche Pflicht des Staatsanwalts, welche prozessrechtlich als Parteipflicht anzuerkennen wäre, ist rein ein Gerichtsrecht geworden, das nicht einmal prozessual erzwingbar ist, so dass auch von dieser Seite betrachtet hier die bedenklichste Abweichung von der Parteistellung der Staatsanwaltschaft vorliegt. Unbezweifelt wird nämlich der Beschuldigte, wenn der Staatsanwalt die Klage unter unrechter Billigung des Gerichtes zurückzieht, das Gericht durch Beschwerde zur Rückgängigmachung eines derartigen Beschlusses nöthigen können. Das Gericht selbst aber hat keine prozessuale Möglichkeit, den Staatsanwalt zur Erfüllung seiner Parteipflicht anzuhalten, also wenn dieser etwa nach der Voruntersuchung einfach die Akten zurückbehält, oder nicht zur Verhandlung erscheint. Wäre hier die Parteistellung voll ausgebildet, so müsste das

¹⁾ Anders für das hannöversche Recht: Hasenbalg, Zur Strafprozessordnung 1854, S. 42, 46, 51 ff.; aber offenbar als einziger gegen die gemeine Meinung, wenn auch mit guten Gründen.

Gericht ex officio oder auf gegnerischen Antrag im Stande sein, den Staatsanwalt zur Erfüllung seiner Parteipflichten anzuhalten, eventuell für deren Fortführung anderweit zu sorgen, da ja eine etwaige Fiktion auf das Ausbleiben hier nicht gestützt werden darf. Derartiges kennt unsere Prozessordnung aber nur bei dem überhaupt vereinfachten, regelwidrigen Verfahren vor den Schöffengerichten. Sonst ist wohl die ausserprozessuale amtliche Beschwerde möglich, in einem solchen Fall aber, wenn er je praktisch wird, wohl kaum von Erfolg, da hier die Staatsanwaltschaft solidarisch handeln dürfte. Somit steht hier die Staatsanwaltschaft ausserhalb der prozessualen Bindung¹⁾.

Im Uebrigen bedeutet aber die Nichtzurückziehbarkeit vor Allem eine materielle Bindung des Strafberechtigten, der während des Prozesses rechtlich über seinen Strafanspruch nicht verfügen kann²⁾. Damit geht jedoch keineswegs die sachliche Herrschaft über das Strafrecht auf den Richter über: dieser kann wohl über den Strafanspruch bestimmen, aber das kann auch jeder Civilrichter in seinem Kreis; die volle sachliche Disposition bleibt positiv doch dem Strafverfolger ungeschmälert. Und ebenso bleibt, abgesehen von der Unmöglichkeit der Klagzurücknahme, die formelle Parteistellung des Staatsanwaltes durch diese sachliche Beschränkung unberührt: diese bedeutet noch nicht Ausschluss der Einwirkung auf die Urtheilsbildung; vielmehr bleibt dem Staatsanwalt jede Möglichkeit, auf dem Gebiet des Beweises Einfluss auf den Richter zu gewinnen, und auch in den Rechtsmitteln ist ihm die volle sachliche Verfügung verblieben. Ja er könnte sogar durch

¹⁾ Ich stehe in diesem Gedanken unabhängig von Ortloff, der neuestens zuerst auf ihn hinweist in seinem Aufsatz über Beruf und Stellung der Deutschen Staatsanwaltschaft im Rechtsstaat. Grünhut's Z., XXIII, 1896, S. 477, hier S. 503, § 7. — In einem solchen Falle wäre das Ende des Rechtsstaates da. Meine Darlegung bezweckt nur, zu zeigen, dass keine prozessualen Zwangsmittel gegenüber der Staatsanwaltschaft gelten.

²⁾ Der § 224a der Novelle bedeutet wohl kaum ein Recht auf Zurückziehung der Klage, ändert also nichts an dem bisherigen System.

Vereinbarung mit dem Gegner Thatfachen, die sonst dem Richter unbekannt sind, diesem völlig vorenthalten. Und in Wahrheit zeigt uns auch die Praxis, dass der Staatsanwalt sachlich den weitestgehenden Einfluss im Prozess behält.

Nur eines hängt mit dem Rücktrittsrecht eng zusammen: Wie dies aus der Absolutheit des Prozesses stammt, so folgt ihm ganz natürlich auch eine weitgehende Möglichkeit des Richters, die Stoffsammlung seinerseits zu beeinflussen, ohne dass der Staatsanwalt dies zu hindern vermöchte, wodurch dann die Bildung des Strafrechtsverhältnisses sich unwillkürlich ändert; wir werden davon später beim Beweise zu sprechen haben (§ 35).

Bis zur Klagerhebung bleibt natürlich der Staatsanwalt der unbeschränkt allein zur Verfügung über das Strafrecht Berechtigte, wenn ihn auch hierin andere Faktoren zu leiten vermögen. Aber selbst wenn das Gericht ihm Befehle zu geben vermag (Pr.O. § 170 ff.): auch hier fehlt es an jedem gerichtlichen Zwang zur Geltendmachung einer solchen Vorschrift. Prozessual betrachtet, steht mithin der Staatsanwalt bis dahin ausserhalb jeder Parteibeschränkung. Ja er steht sogar weit über einer solchen. Man nennt ihn meist für dies Stadium einfach Beamten und nicht Partei, und auch unsere Prozessordnung vergisst, dass alle seine Handlungen die Bewegungen des Gegners frei lassen müssen und er nur mit Richterhülfe über das Rechtsverhältniss verfügen dürfe. Die Nothwendigkeit, dass das Strafrecht nur im Prozess verwirklicht werden darf, erleidet hier eine starke Einbusse, indem der Staatsanwalt nicht nur als Staatsbeamter mit staatlicher Autorität gegenüber den Unterthanen auftritt, also Zeugen vernimmt und den Verbrecher überhaupt verfolgt, sondern auch die Freiheit anderer und insbesondere des Beschuldigten erheblich zu beeinträchtigen im Stande ist. Bedenken wir jedoch, dass diese Selbsthülfsrechte, die sich historisch aus dem hier rein inquisitorisch gedachten französischen Rechte erklären, die neuere Theorien in weitgehendem Maasse (und nicht ganz mit Unrecht) als nothwendig auch jedem Bürger zubilligen wollen, bei einem Justizbeamten durch die allge-

meine Amtspflicht gebunden sind und in dieser Weise so ziemlich jedem Polizeibeamten zustehen, dass sie auch in der bürgerlichen Rechtssphäre nicht ganz ohne Analogie sind, so werden wir in dieser Stellung des Staatsanwaltes nichts besonders Auffälliges sehen: Sie ist die ganz natürliche Folge der Rechtsverhältnisstheilnahme überhaupt und kann kaum durch die theoretische Forderung der Parteistellung zur Ohnmacht des Strafverfolgers herabgemindert werden. Zudem sind auch hier alle Zwangsrechte des Staatsanwaltes durch den Richter controlirt und endlich sind alle Rechte, die nach früheren Prozessordnungen dem Staatsanwalte vollgültigen Einfluss auf das Urtheil gaben, wie z. B. beweiskräftige Protokolle aufzunehmen, heute gänzlich weggefallen. Umgekehrt sind die Rechte des Gerichts, selbstthätig Verbrechen nachzufolgen, auf das Nothwendigste beschränkt, und wenn sie in der Praxis zu Missbrauch führen können, so ist das immer noch kein Beweis für ihre Fehlerhaftigkeit, zudem da ein kräftiger Staatsanwalt sich dadurch in seiner Rechtsverfügung nicht bestimmen zu lassen braucht. Endlich hat hier schon der Staatsanwalt das Recht auf die Hülfe des Richters, der seinerseits nicht über die Nothwendigkeit oder Zweckmässigkeit der Strafverfolgung bestimmen kann: ein weiterer Hinweis darauf, dass hier materielle Parteistellung vorhanden ist.

Somit ist es der Staatsanwalt allein, der über den Strafanspruch verfügt. Diesen nimmt er in die Klage auf, damit er durch das Urtheil festgestellt werde. Er ist in der Disposition wohl gebunden, er muss auch vor sich und prozessformell gegenüber dem Richter die gegen den Anspruch sprechenden Thatsachen vorbringen, er darf also materiell nicht einseitig sein, und hierauf gründet sich die Ansicht Vieler, der Staatsanwalt sei nicht Partei, da er nicht parteiisch sei. Dabei vergisst man aber vor Allem, dass der Parteibegriff rein prozessrechtlich ist, und dass doch im Prozess der Staatsanwalt einseitig vor Gericht und Gegner steht. Aber auch materiell liegt im Strafanspruch, der gegen die Individualrechte des Einzelnen sich richtet, stets etwas Einseitiges: das tritt am deutlichsten formell in der Klage hervor, die sich

wesentlich auf das „Schuldig“ richtet, in welcher der strafrechtliche Anspruch in seiner vollen Schärfe gegenüber den Rechten des Beschuldigten auf gesetzliche Freiheit enthalten ist. Wenn sich also auch hier materiell wie formell die Einseitigkeit der Parteistellung zeigt, so tritt dieselbe formell später stark zurück, da der Kläger auch zu Gunsten des Gegners auftreten kann. Wie sehr diese Ausbildung seiner Stellung die Verantwortung, Energie und Würde der Vertheidigung beeinträchtigt und auf Seiten des Staatsanwaltes selbst unklar ist, das ist schon vielfach auch für unsere Prozessordnung dargelegt und durch die Praxis gezeigt.

Schon wegen dieser weitgehenden Berücksichtigung aller Seiten des Strafanspruchs kann die Klage sehr allgemein gefasst sein: es werden alle rechtlichen Möglichkeiten, die sich aus einem Faktum ergeben, dem Richter anheimgegeben. Der Klaganspruch ist somit keineswegs vollständig identisch mit dem strafrechtlichen Anspruch, wenn dieser auch in erster Linie hervortritt. Dieser letztere allein geht auf „Schuldig“. Die Klage aber hat viel allgemeiner die Bedeutung, dass sie eine nach allen historischen Charakteristiken concretisirte und individualisirte Handlung bestimmt, aus der ein Strafanspruch entstehen kann, so dass die Handlung als ein nach seiner sinnlichen Erscheinung klar vorstellbares, von anderen trennbares einheitlich abgeschlossenes Ganze und als Grundlage eines nach gesetzlichen Bestimmungen einheitlichen Strafanspruchs erscheint (oder vielleicht mehrerer solcher, die aber doch nur der Idee nach als verschiedene aus demselben Handlungsumfang erstehen). Hierin liegt der bestimmende wesentliche Klaggrund, der ebenso wie im Civilprozess sachlich das absolut unabänderliche, individualisirende und allseitig bindende Element darstellt¹⁾. Diese formelle Individualisirung ist etwas dem modernen Prozess Eigenthümliches; mit ihr

¹⁾ Siehe besonders Glaser's Darlegungen im Gerichtssaal 1884 (36), S. 81 ff. Wichtig bleiben aber immer noch die älteren Schriften: Hasenbalg, Zur Strafprozessordnung 1854. H. Meyer, Magazin f. hannöver. Recht, Bd. 6, 1856, S. 272. Derselbe im G.-Archiv, X, 1862, S. 226 ff. und Stelling, Ueber Anklagebesserung 1866.

hängt die ganze Art der Beweiserhebung aufs Engste zusammen, so dass man in der Klage sehr wohl auch das hervorragende, wesentliche Moment des reformirten Prozesses sehen kann. Im alten gemeinen Verfahren, wo oft die Hauptuntersuchung von der Generaluntersuchung gar nicht scharf gesondert war, wo die Voruntersuchung mit der allgemeinsten Richtung der Erforschung einen Theil des als Urtheilsunterlage dienenden Verfahrens bildete, wo neben der speciellen Untersuchung oft noch eine allgemeine herging, wo Entlassung ohne Urtheil für möglich erklärt wurde und Rechtskraft des Urtheils nur gleich Vollstreckbarkeit war, kann man von einer solchen formellen Basis nicht reden¹⁾. Eben deswegen ist es auch ganz verkehrt, wenn man die wichtige Cäsur der ganzen Strafverfolgung in der Klage derart übersieht, wie das John thut²⁾. Dann freilich verschwindet auch die selbständige Parteistellung des Staatsanwaltes, dessen Thätigkeit nur Gerichtshülfe wird. Auch die Klage ist aber eine Prozesshandlung, die den Parteicharakter nur noch undeutlich trägt, da sie in sich schon alle möglichen Ansprüche und Anträge der beiden Parteien verkörpert. Daher genügt in ihr auch die Darstellung des Faktums, und ist allein die thatsächliche Abgrenzung des Prozessfalles das Wesentliche: nach der Rechtsseite tritt die Parteistellung zurück. In dieser Möglichkeit der Specialisirung durch den Richter kann man dann aber auch noch keine Anklageänderung sehen, da eben immer die Strafklage nicht bloss einen scharf begrenzten, einseitigen Strafanspruch enthält³⁾.

Daher ist auch die Benennung des gesetzlichen Merkmals der That, die für die Anklage nöthig ist, nichts so

¹⁾ Siehe Mittermaier, Strafverfahren, II (1846), S. 203, 521, 614 ff.

²⁾ Kommentar, II, S. 112 ff., 124 ff.

³⁾ Schanze, Z., IV, S. 447, spricht nur von der Specialisirung des Strafanspruchs; dieser füllt aber den Klaganspruch eben nicht aus. Aus diesem Grund ist wohl auch Heinze's Bemerkung über das schlecht gewählte Wort „Klage“ berechtigt. Siehe: G.-Archiv 1875 (23), S. 241 ff., (Nr. 47); Gerichtssaal 1876 (28), S. 578. (Vergl. übrigens unten § 35, S. 222.)

Wesentliches, dass danach die Anklage als das erheblich Wichtigere bezeichnet werden dürfte. Der Antrag auf Urtheil nach einer bestimmten Richtung ist gar nicht nöthig; er steckt im Klaggrund. Schon im Antrag auf Voruntersuchung liegt der Antrag, dass ein bestimmtes erkennendes Gericht urtheilen solle, vorbehaltlich späterer Präcisirung¹⁾. Richtiger wäre es allerdings, wenn der Staatsanwalt sich auf die prozessuale Vertretung des Strafanspruches beschränkte und dementsprechend mit diesem auch auf seinen Klaganspruch verzichtete. Als unrichtig muss man es jedoch bezeichnen, wenn auf die heutige Regelung der Satz gebaut wird, die Staatsanwaltschaft sei materiell überhaupt nicht Partei, denn ausser der materiellen Verfügung über die Grundlage des Rechtsverhältnisses bleibt dem Kläger wesentlich die Prozessaufgabe der Vertretung des Strafanspruchs, da doch der Gegner denselben gewiss nie vorbringen wird, obwohl ihn kein Gesetz auf diese Vertheidigung beschränkt; so steht auch in der Praxis der Staatsanwalt stets als materielle Partei da. Im Uebrigen gründet sich weiter auf die prozessuale Parteistellung die Berechtigung zur bindenden Mitwirkung in der Entwicklung des Verfahrens, ebenso wie das Parteirecht auf volle Erschöpfung des Urtheils. Dahingegen hängt es mit der materiellen Berechtigung zusammen, wenn das vom Kläger thatsächlich umschriebene Rechtsverhältniss die feststehende Grundlage des ganzen Prozesses bildet, auf die sich Voruntersuchung und Hauptverfahren und der ganze Beweis beziehen. Daher muss auch für alles diese Grundlage scharf begrenzt angegeben werden²⁾.

Endlich steht in unserem Verfahren das Gericht in eigentlicher Verbindung mit der Klage durch den Eröffnungsbeschluss. Dieser bedeutet vor allem formell eine starke Bindung und also Beeinträchtigung der Parteirechte, und auch materiell greift er in das Gebiet des Strafverfolgers über. Er

¹⁾ Anders v. Kries, Z., V, S. 16, 18.

²⁾ Für die Voruntersuchung siehe die vortrefflichen Darstellungen Kronecker's in Z., VII, S. 395, X, S. 487. (Vergl. auch oben § 31, S. 191, Anm. 2 u. Text.)

ist als Verweisungserkenntniss die formelle Feststellung der Verhandlungsgrundlage, die vom Gericht auf Grund selbständiger sachlicher Vorprüfung des Klaganspruchs ausgeht, also nicht bloss eine reine prozessleitende Verfügung ist. Die dem Eröffnungsbeschluss parallel stehende abweisende Entscheidung steht dem Urtheil in ihrer Bedeutung ziemlich nahe.

So nimmt der Eröffnungsbeschluss des Gerichtes, da er allein die formelle Grundlage des späteren Urtheils bildet, den Parteien die eigentlich ihnen zustehende und der Richteraufgabe fernliegende Bildung des prozessualen Rechtsverhältnisses. Wenn auch die vorhergehende öffentliche Klage schon den Kreis gezogen hat, über welchen die Formulirung des Richters nicht hinausgehen darf, so kann doch hier selbst bei Uebereinstimmung mit dem staatsanwaltlichen Antrag eine wichtige und für die Folge bestimmende Abweichung möglich sein, so dass der Beschluss sich nicht bloss als reine Annahme der Klage darstellt. Ergeht er gegen den klägerischen Antrag, so zwingt er unzweifelhaft dem Staatsanwalt auch materiell einen von diesem nicht gewollten Strafanspruch auf: das Gericht wird hiermit ganz unmittelbar Ankläger, indem es weit hinausgehend über das einfache Festhalten der Strafklage materiell wie formell über den Strafanspruch verfügt. Nur die Beobachtung, dass der Staatsanwalt schon in der öffentlichen Klage selbst die Verfügung seinerseits vorgenommen hat, und dass damit die Voruntersuchung schon ein Theil des Prozesses geworden ist, sowie dass die zwei Parteien selbständige Rechte aus dieser Verweisung herleiten, kann die Bedeutung dieser Gerichtsthätigkeit etwas abschwächen, während der Umstand, dass in der Praxis selten der Gerichtsbeschluss von dem staatsanwaltlichen Antrag abweicht, sowie die Bemerkung, dass auch hier das Gericht prozessual wieder auf den guten Willen des Staatsanwaltes zur Anklagefertigung angewiesen ist, wenig an diesem Akte ändert.

Diese Eigenthümlichkeit wird durch die Erklärung, dass der Angeschuldigte eines Schutzes vor der Eröffnung des Hauptverfahrens im öffentlichen Interesse bedürfe, gewiss nicht genügend belegt. Sie gewinnt an Bedeutsamkeit, da das be-

schliessende Gerichtskollegium dem später endgültig urtheilenden sehr nahe steht, durch die Novelle noch näher gebracht wird, und dass hier ferner der Staatsanwalt eine so einflussreiche Stellung gegenüber dem Gegner einnimmt, dass von einer unbefangenen Vorprüfung keineswegs die Rede sein kann. Sind Staatsanwalt und Beschuldigter ihren materiellen Ansprüchen gemäss stark und verantwortlich und formell gleichgestellt, dann wird jede materielle wie formelle Einmischung des Gerichts in die Bildung der Prozessverhältnissgrundlage überflüssig, und nur die Prüfung der formellen Richtigkeit der Anklage angemessen sein. Andererseits müssen wir für heute beachten, dass die Voruntersuchung schon Prozesstheil ist und als solcher wegen der Nothwendigkeit strengen Auseinanderhaltens der Theile systematisch ganz richtig durch einen Gerichtsakt und nicht eine einfache Parteithätigkeit vom Hauptverfahren abzugrenzen ist.

Bei dieser Betrachtung bleibt dem Eröffnungsbeschluss im voll ausgeführten Verfahren seine Bedeutung ungeschmälert, ohne dass wir zu deren Verständniss nöthig hätten, in ihn den Beginn des Prozesses überhaupt zu verlegen. Und haben wir keine Voruntersuchung, so ist nur deren Ausführung verkümmert, aber ihre Möglichkeit liegt vor (selbst beim schöffengerichtlichen Verfahren, wo die amtsrichterlichen Vorhebungen völlig den Charakter der Voruntersuchung erhalten können) und die Erwägung dieser Möglichkeit sowohl wie die systematische Einheitlichkeit des Verfahrens rechtfertigt auch hier die gleiche Charakterisirung des Eröffnungsbeschlusses.

§ 33.

Wenn nach dem Vorhergehenden die öffentliche Klage eine wesentliche Parteihandlung des Staatsanwaltes ist, dann muss jeder ihr folgende, sich auf ihr aufbauende Verfahrenstheil auch schon zum Gerichtsprozess gehören: schon deswegen ist unsere Voruntersuchung vollständig Prozesstheil. In dem Antrag auf Voruntersuchung liegt nach unserer Prozessordnung die Strafklage, wie umgekehrt jede Strafklage implicite den bedingten Antrag auf Voruntersuchung enthält; die An-

nahme der Klage durch Eröffnung der Untersuchung knüpft das Prozessverhältniss unwiderruflich bis zum Endurtheil, da ja hier schon ein ganz bestimmter Gegner vorhanden sein muss. Ist diese Betrachtung unrichtig, dann liegt der wesentliche Prozessbeginn in dem Gerichtsakt des Eröffnungsbeschlusses, der durch ein besonderes Verfahren wesentlich durch Gericht und Staatsanwalt vorbereitet würde; diesem rein inquisitorischen Aufbau aber widerspricht jede Einzelheit des Verfahrens.

I. Vor Allem ist nach der ganzen Konstruktion unseres Gerichtsverfahrens im Strafrecht eine gerichtliche Voruntersuchung eine Nothwendigkeit, da die genaue Vorbereitung des Urtheilsspruches ein zweiseitiges Verfahren unter einheitlicher Leitung mit Gerichtszwang erfordert und bei unserer Gerichtsorganisation gar nicht von dem erkennenden Gericht unmittelbar vorgenommen werden kann. Wenn wir die Stoffsammlung allein in die Hände der Parteien ausserhalb des Gerichtsverfahrens legen und nur die nothwendigen Zwangsrechte durch den Richter ausüben lassen, dann wird der verfolgende Staat ein unzweifelhaftes Uebergewicht haben und keine Vorschrift die Forderung gleichheitlicher Berücksichtigung beider Seiten herstellen können. Energie und Wahrung der Rechte des Beschuldigten kann nur das einheitliche Vorgehen eines Unparteiischen sichern, bei welchem beide Seiten volles Gehör besitzen, wogegen die Energie der Staatsverfolgung und die Sichtung des Beweismaterials durch das Verfahren unserer Hauptverhandlung nicht genügend zur Geltung kommt, sondern eigener Formen bedarf. Geben wir nun diesem Unparteiischen das Recht, selbstthätig ins Blaue hinein zu untersuchen, dann wird allerdings die rechtliche Bindung ganz oder fast vollständig unmöglich sein: dann kann auch der Untersuchende über den Stoff des Strafrechtsverhältnisses beliebig verfügen, die Grundlage des Prozessverhältnisses wird erst daraufhin gebildet und eine Bindung an dieselbe wäre vorher ganz undenkbar. Dann hätten wir allerdings eine dem Interesse der Anklage dienende staatliche Untersuchung, die sich wesentlich gegen den einzelnen Beschuldigten richtet. Derart ist

aber unsere Voruntersuchung nicht, wenn sie auch mancherlei von diesem Charakter an sich trägt. Ihr Zweck mag sehr bestreitbar sein. Sie soll allerdings der Anklage insofern dienen, als in ihr dieselbe erst zur genauen Ausgestaltung gelangt, aber das geschieht nur rücksichtlich der schon vorher bestimmten Strafklage, nur in deren Umfang, nur zu dem Zweck, um ihre weitere Durchführbarkeit zu prüfen, nicht mehr, um die Frage ihrer Erhebung zu lösen. Da die Strafklage nicht nur einseitig den Strafanspruch, sondern auch die Ansprüche des Gegners enthält, so ist in diesem Verfahren auch deren Berücksichtigung geboten und die Einseitigkeit der Voruntersuchung damit beseitigt, zugleich aber auch die Mitwirkung des Gegners nöthig geworden. Dies bedingt und ermöglicht eine Erörterung des Klagrechtsverhältnisses, eine Sammlung des Stoffes nicht bloss zur Verfolgung, sondern schon derart, wie sie das Urtheil ebenso verlangt, und die Voruntersuchung wird mittelbar auch dem Urtheil dienstbar, was eine unbefangene Betrachtung der Praxis uns wohl klarer zeigt, als ein einfaches Auslegen des Gesetzestextes. Die ganze Konstruktion unserer heutigen Voruntersuchung: ihre klagmässige Begrenzung, die Mitwirkung der Parteien, also ein materielles wie formelles Moment, weist darauf hin, dass dies Verfahren nicht einseitig der Partei der Strafverfolgung, sondern beiden Seiten zu Gute kommen soll, womit schon die Vorbereitung der gerichtlichen Abwägung nothwendig verbunden ist¹⁾. Ist dem so, dann gewinnt auch das Festhalten der Anklage durch das Gericht trotz gegentheiligen Antrags der Staatsanwaltschaft (welcher Fall ja hier allein möglich ist) mehr den Charakter des Zwischenurtheils, bei welchem sich das Gericht nicht einseitig auf die Anklagevorbereitung, sondern auf seine eigene prozessmässig vorgenommene Stoffsammlung stützt²⁾: die Stellung des Untersuchungsrichters

¹⁾ § 199 Pr.O. wird nach dieser Richtung von Zucker verkannt. Gerichtssaal 1894 (49), S. 436 ff. — v. Kries, Lehrbuch, S. 488, spricht hier nur von Widersprüchen. Dagegen mit Recht Friedmann, Grünhut's Z., XXIII, S. 588 ff.

²⁾ Siehe Glaser, Handbuch, II, S. 423.

weist uns darauf hin, dass hier auch wirklich eine gerichtliche Thätigkeit entfaltet wird.

Erfordert hiernach die Sachentscheidung eine Vorbereitung, welche in der Hauptverhandlung allein nicht geleistet werden kann und anderer Formen bedarf, die aber nicht einseitig sein darf, so ergiebt sich schon daraus, dass wir innerhalb des Prozesses Stadien annehmen müssen, die schon historisch aus dem alten Inquisitionsprozess herüberzuholen sind. Schon dieser Grund muss uns dazu führen, dass wir auch beim Gesetzgeber die Idee vermuthen, er habe die Voruntersuchung zu einem Prozesstheil machen wollen. Wenn sie nicht so sehr parteimässig ausgebildet ist, als wir das wünschen, so kann das doch nicht dieser Anschauung entgegenstehen, so wenig wie die Incongruenz dieses Verfahrens mit dem bürgerlichen Prozess, dessen andersartige Interessen eben sehr wohl andere Einrichtungen möglich machen¹⁾. Mögen andere Arten des Verfahrens, etwa wie sie sich John denkt²⁾, möglich sein, das hindert nicht, dass wir heute in der Voruntersuchung einen Prozesstheil sehen: dessen Gegensatz zum Hauptverfahren wird oft grundsätzlich schroffer dargestellt, als er ist oder sein soll; wir müssen suchen, die Theile grundsätzlich in Uebereinstimmung zu bringen, wie sie doch gewiss vom Gesetzgeber gedacht sind.

II. Meist wird hervorgehoben, dass die Voruntersuchung der Anklage dienen solle, diese und damit die Eröffnung des Hauptverfahrens vorbereiten müsse; da weiterhin das Urtheil auf ihr nicht beruhen darf, so sei sie kein Theil des Prozesses; v. Kries fügt dem hinzu: da sie lediglich der Ermittlung diene, nicht der Aburtheilung, so könne sie nicht zum Prozess gehören.

Nun war allerdings früher der Zweck der Voruntersuchung wohl meistens der, die Thatlage soweit zu klären, dass daraufhin die Anklage erhoben werden konnte. So ist in Frankreich der Untersuchungsrichter noch heute wesentlich

¹⁾ Vergl. oben § 31, S. 186.

²⁾ Kommentar, II, S. 200—220.

der Arm des Staatsanwaltes, während umgekehrt in Deutschland, wo die Ideen und Formen gerichtlicher Inquisition noch mehr herrschten, der Staatsanwalt Appendix der gerichtlichen Voruntersuchung war und selbständig erst nach dieser, oft nur in einer sogen. Schlussverhandlung, auftrat¹⁾. Dazu aber kam als besonderer Gegensatz zum französischen Verfahren in Deutschland die altgewohnte Gründlichkeit, die man insbesondere hier retten wollte. So haben wir in unserem heutigen Prozess auch diese zwei Ideen eigenartig vertreten: die französische, dass die Voruntersuchung staatsanwaltschaftlich vorgehen solle, durch den preussischen Prozess uns zugebracht — und die altdeutsche der gründlichen Urtheilsvorbereitung. Aber dennoch sind die Unterschiede gegen früher namentlich in der klareren Ausbildung des Systems so erhebliche, dass der Gedanke der Voruntersuchung nicht mehr aus den alten Gesetzen erkannt werden darf, was wohl bei den meisten noch übersehen wird: Unsere neue Theorie muss sich frei machen von den Gedanken der älteren, die auf anderer Grundlage beruhte. Wenn wir aber einmal der deutschen geschichtlichen Entwicklung folgen wollten, dann würden wir um so eher die Voruntersuchung in den Prozess eingliedern²⁾. Und zwar ist der Fortschritt ein materieller wie formeller.

a) Einmal ist die Voruntersuchung nicht mehr im Dienste der Anklagevorbereitung. Vielmehr haben wir den Parteiakt, der die wesentliche bindende Verfügung über das Rechtsverhältniss darstellt und auf welchem das gesamte Rechtsverhältniss des Strafverfahrens beruht, schon vor der Untersuchung vorgenommen. Scheinbar war das auch vor unserer

¹⁾ Siehe z. B. Mittermaier, Mündlichkeit, S. 281 ff., 283—285, 287, 310, 314, 328 ff. und anderswo. Derselbe, Gesetzgebung, S. 289, 333 f., 355 ff.

²⁾ Siehe Mittermaier, Gesetzgebung, S. 333. Ebenso können wir nicht fremdländische, insbesondere englische Verhältnisse zur systematischen Erklärung unseres Prozesses beiziehen, da gerade z. B. im englischen Recht das ganze System ein so total verschiedenes und geschichtlich ganz eigenartiges ist: praktische Lehren aus ihm zu ziehen, ist natürlich etwas anderes.

Prozessordnung nicht anders¹⁾, und gewiss haben auch viele Gesetze unseren Gedanken schon ausgedrückt gehabt. Aber das Wesentliche war das, dass entweder ein Beschuldigter als Gegner mit Rechten noch nicht da war und erst nach der Voruntersuchung auftrat, oder aber dass er vorhanden war, aber nach rein inquisitorischen Grundsätzen nur Pflichten hatte, wozu die Erinnerung an die alte Generalinquisition gewiss vieles beitrug²⁾. So konnte Planck³⁾ mit vollem Rechte sagen, dass im ersten Fall nach der Idee des Anklageverfahrens der wahre Prozess erst später beginne, obwohl ich auch hier nicht begreife, wie er dann die oft schon gesetzlich vorhandene Bindung des Staatsanwaltes an die Fortführung seiner Untersuchung erklären will, — dass im zweiten Fall aber, wo die Voruntersuchung zum Prozess gehört, ein nur modernisirtes Untersuchungsverfahren vorliege.

Heute aber ist nicht nur die in der Strafklage benannte That die feste und einzige Grundlage der Voruntersuchung, sondern der vom Strafkläger bezeichnete Thäter ist der einzige und mit Verfahrensrechten ausgestattete Gegner der Voruntersuchung, so dass nicht mehr bloss von einem Verhältniss zwischen Staatsanwalt und Gericht⁴⁾, sondern von einem dreiseitigen Rechtsverhältniss geredet werden darf. Und das verändert die Sachlage so wesentlich, dass wir eben nicht anders können, als wir müssen hier Prozesssubjekte mit Parteirechten sehen, wenn wir uns über die materielle und formelle Bedeutung der einzelnen Akte im Prozess klar sind⁵⁾.

¹⁾ Zachariä Bd. 2, S. 67.

²⁾ So noch in der badischen Str.Pr.O. vom 18. Mai 1864, § 65.

³⁾ Planck, Systematische Darstellung, § 82 ff., S. 214 ff., insbesondere S. 218, 245, 176, Anm. 5. Siehe auch Zachariä a. a. O., S. 61: Der „eigentliche“ (?) Prozess mit Scheidung der Parteirollen vom Richteramt beginne erst mit der Anklage.

⁴⁾ Planck S. 213.

⁵⁾ Vergl. z. B. hier die Sätze Biener's, Englisches Geschworenengericht, II, S. 23: Bei ihm tritt die Vermengung der Gedanken auch recht deutlich hervor: dass nur die Grundlage der Klage hier geschaffen werden solle, aber dennoch alle möglichen Vorwegnahmen der Hauptverhandlung zulässig seien. „Nach meiner Ansicht ist sie allerdings

Nicht die hervorragende „inquisitorische“ Thätigkeit des Richters ändert daran etwas, auch nicht, dass auf die Voruntersuchung erst die „Anklage“ folgt. Denn dies Wort sagt eben nicht, was es anzudeuten scheint: Wohl enthält die Anklage in unserem Prozess, anders als die erste Strafklage, den Strafanspruch allein, aber im Antrag auf Voruntersuchung, d. h. in der Strafklage, lag ja schon der formell wichtige Parteiakt, durch den die einzige Bindung aller drei Prozesssubjekte vorgenommen wurde, und in der Anklage liegt nur eine fortführende Präcisirung des Standpunktes, so dass eben nicht mehr die Voruntersuchung zum Hauptverfahren wie ein civilrechtlicher Arrestprozess steht¹⁾. Dieser Unterschied ist bedeutend: Wenn Individualisirung und Specialisirung des gesamten Prozessgebietes schon vor der Voruntersuchung liegt und darauf sich jetzt schon Parteirechte des Gegners stützen, dann liegt nicht mehr „Nachspürung“ in der Richterthätigkeit, sondern nur noch Ermittlung und Sammlung wahren Beweismaterials für das vorher fest bestimmte Beweisthema, der Gegner hat nunmehr schon jedes mögliche prozessuale Recht auf Sachentschädigung. — Dem gegenüber tritt die scharfe Abgrenzung der Voruntersuchung vom Hauptverfahren, in dem jene wohl zur gerichtlichen Beischaffung und Sicherung der Beweise, aber nur dieses zu deren Prüfung dient, so dass also gerade der inquisitorische Charakter des Verfahrens hier zurücktritt, während doch die Aufgabe des Prozesses die Thätigkeit des Vorverfahrens als eine gerichtliche nothwendig macht; übrigens ist nicht der geringste Grund zu sehen, warum diese Trennung der Abschnitte die gerichtliche Voruntersuchung ganz aus dem Prozess hinausweisen soll.

eine Untersuchung, . . . ein wesentlicher Bestandtheil des akkusatorischen Prozesses. Jeder Ankläger muss vor Erhebung seiner Anklage eine Untersuchung anstellen, ob er hinlängliche Grundlage habe, um die gerichtlichen Schritte vornehmen zu können.“ Warum Jemand epimetheisch im Prozess untersucht, ob er einen Prozess anfangen könne, ist mir unklar.

¹⁾ Gerade dieser Vergleich Planck's, S. 174, Anm. 1, zeigt aufs Deutlichste den grossen Gegensatz gegen früher.

Gegen dies richtet sich insbesondere v. Kries¹⁾, der unserer Voruntersuchung rein die Aufgabe setzt, dass sie die Grundlage für den Beginn des Prozesses schaffe, d. h. „ins Blaue hinein“ zu ermitteln suche, ob irgend Jemand für eine gewisse That verantwortlich gemacht werden könne und demgemäss die vorherige Prozessbindung die Folge einer irrigen Anschauung nennt. Dabei kann sich v. Kries allerdings auf die Praxis nicht mit Unrecht berufen, anderseits aber tritt stark hervor, dass bei ihm der Wunsch der Vater des Gedankens ist. Wenn wir aber auch heute schon mit der stark inquisitorischen Anlage dieses Verfahrens systematisch nur schwer zurecht kommen können, und wenn auch die Stoffsammlung eher eine Aufgabe der Rechtsverhältnistheilnehmer und Parteien ist, so darf uns doch nicht der Gedanke an den bürgerlichen Prozess davon abhalten, für heute die gesetzliche Ordnung so anzusehen, wie sie sich unbefangener Betrachtung darbietet²⁾. Wir wollen daher dieser sofort im einzelnen nachgehen. Zuvor aber ist noch festzustellen, dass b) auch formell unsere Voruntersuchung schon ganz anders die Rechte der Parteien auf Mitwirkung gleichmässig und derart entwickelt hat, dass auch der Staatsanwalt nicht mehr in die Richterthätigkeit übergreift, während der Beschuldigte zwar noch lange nicht vollkommen, aber doch schon principiell als berechtigte Person dasteht.

III. Nach den vorhergehenden Betrachtungen müssen wir sagen, dass unsere Voruntersuchung offenbar systematisch unklar steht: sie soll nicht Grundlage des Urtheils sein; selbst wenn sie gesetzlich nothwendig ist, schadet nach der Auslegung des Reichsgerichts ihr Fehlen der Rechtsbeständigkeit des Urtheils nicht. Sie dient nur der Ermittlung des Prozessstoffes, aber in Prozessformen, streng innerhalb des Prozess-

¹⁾ In Z., IX, S. 1 ff. — Vergl. schon früher das deutliche Vorbild für v. Kries bei Stemann. Gerichtssaal 1873, XXV, S. 188 ff. v. Kries, Lehrbuch, § 58, S. 462 ff., § 61, S. 486 ff. Hier heisst aber die Voruntersuchung „Prozessabschnitt“.

²⁾ Mein Gegensatz zu John's Anschauung (Kommentar, II, S. 112 ff.) begründet zugleich den Werth klarer Erkenntniss in dieser Frage.

Mittermaier, Die Parteistellung d. Staatsanwaltschaft i. heut. Strafverf. 14

kreises und derart, dass sich die Hauptverhandlung auf sie stützt, insbesondere da der Eröffnungsbeschluss auf ihr beruht. Wir müssen daher schon die Einzelheiten genauer prüfen, wenn wir die systematische Stellung der Voruntersuchung erkennen wollen, wie wir das nach zwei Seiten schon gethan haben.

Wie die Voruntersuchung unklar ist, so — und vielleicht deswegen — ist sie praktisch ihrem Zweck wenig entsprechend¹⁾. Schon im Gesetz ist die Gleichheit der zwei Seiten zu wenig gewahrt; der Richter behält die ungeeignete Stellung eines Vertheidigers des Beschuldigten; ebenso aber ist die Verantwortung des Staatsanwaltes so gering ausgebildet, dass dessen Thätigkeit zurücktritt und auch hier die Hauptverantwortung auf dem Richter ruht²⁾, woraus ganz natürlich dessen Streben nach Genauigkeit und ein Uebergewicht der Voruntersuchung folgt, wozu noch kommt, dass der Eröffnungsbeschluss sich als wichtiger Prozessakt auf sie stützt. Im Leben aber tritt hinzu die Ueberlastung der Gerichte sowohl wie der Staatsanwälte: von beiden Seiten her wird dem Untersuchungsrichter die Hauptarbeit überlassen, zumal da Staatsanwälte wie Vertheidiger meist zu wenig in der Untersuchungskunst vorgebildet sind, um in der Hauptverhandlung damit energisch wirken zu können. Damit wird der vorbereitende Theil des Verfahrens der, in welchen der Schwerpunkt verlegt wird, und das lebendige Ergebniss des Gesetzes sieht ganz anders aus als dieses selbst. So stehen sich auch heute stets die berechtigten Forderungen der Praxis nach genauer Vorbereitung des Gerichtsspruchs und das Streben nach gewissenhafter Durchführung der Grundsätze unseres Verfahrens, wie sie das Gesetz aufstellt, damit die Hauptverhandlung die Hauptsache bleibt, gegenüber, ohne dass eine Lösung auf der Grundlage unseres Gesetzes möglich erscheint³⁾.

¹⁾ Hierin hat v. Kries unbezweifelt recht: Lehrbuch, S. 496.

²⁾ Irrig aber ist es, wenn Ortloff die selbständige Thätigkeit des Staatsanwalts neben der Untersuchung für gesetzlich unzulässig erklärt. Seinen Grund vermag ich nicht einzusehen. Grünhut, XXIII, S. 535, Anm. 1.

³⁾ Siehe Stenglein, Wider die Berufung 1894. Gegenüber der all-

Das Gesetz spricht sich über den Zweck der Voruntersuchung nirgendwo ganz scharf aus. Nur der § 188 giebt als Ziel an: Begründung einer Entscheidung darüber, ob das Hauptverfahren zu eröffnen oder der Angeschuldigte ausser Verfolgung zu setzen sei und in engem Umfang Vorbereitung der Hauptverhandlung. Das deutet doch wohl so offen auf eine gerichtliche Entscheidung hin, dass schon daraus entnommen werden kann, die Voruntersuchung diene dem Gericht, damit dieses darauf die Grundlage seines späteren Verfahrens baue. Ich sehe nicht im geringsten angedeutet, dass der Zweck der Voruntersuchung derselbe sei, wie der der staatsanwaltschaftlichen Erhebungen, nämlich „etwas herauszubringen“, einen Thäter zu ermitteln, — wenn man nicht recht vage dies als Ziel des ganzen Strafprozesses überhaupt hinstellt.

Mehr noch tritt der Charakter der Voruntersuchung als Prozesstheil hervor, wenn wir die prozessualen Bedingungen und Folgen der öffentlichen Klage betrachten.

a) Es müssen vor Allem die sogen. Prozessvoraussetzungen auch für die Voruntersuchung vorhanden sein; sie werden rücksichtlich der Zeit der öffentlichen Klage so gut wie des Eröffnungsbeschlusses geprüft. v. Kries hat zum ersten Mal diese Frage genauer erörtert. Er sagt¹⁾, die Voraussetzungen der Strafprozessrechtsverhältnisse werden bei der Eröffnung der Voruntersuchung und des Hauptverfahrens gefunden. Da aber der Untersuchungsrichter qualitativ nicht vom Staatsanwalt verschieden ist, da die Klagerhebung erst im Antrag auf Eröffnung des Hauptverfahrens liegt, so müssen die Prozessvoraussetzungen erst für diesen Zeitpunkt gelten, während die Gründe zur Ablehnung der Voruntersuchung nur Mangel der Prozessvoraussetzungen für das Hauptverfahren mit anticipirter Wirkung sind; das zeigt sich deutlich darin, dass die Voruntersuchung keine formelle Einstellung kennt, sondern immer sachlich beendet wird. Für das Hauptver-

gemeinen Verfügung des preussischen Justizministers vom 14. November 1894 — Preussisches Justizministerialblatt 1894, S. 340.

¹⁾ Z., V, S. 1 ff. Lehrbuch, § 58, S. 463 ff., § 70, II, S. 578 ff.

fahren bewirkt Mangel der Voraussetzungen Nichteröffnung, oder positiv: Einstellung, Freisprechung, Zurückgabe der Anklage und dergl. mehr. Wird aber trotzdem das Verfahren eröffnet, so bleibt die Rechtshängigkeit gültig, so dass wir wieder den besonderen Begriff der Urtheilsvoraussetzungen brauchen.

Ich führe das an, nur um zu zeigen, dass Kries' Erörterungen¹⁾ deutlich sagen: die strafprozessualen Voraussetzungen sind andersartig als die des Civilprozesses; sie wirken anders, haben andere Bedeutung und sind offenbar nicht so klar ausgebildet wie dort. Daher kann aus einer besonderen Stellung der Voruntersuchung in dieser Frage noch gar nichts für deren systematische Charakterisirung gefolgert werden. Insbesondere der Umstand, dass die Voruntersuchung stets sachlich beendet werden muss, spricht noch gar nicht dafür, dass die Bedingungen ihrer Eröffnung nicht wahre Prozessvoraussetzungen seien, da doch v. Kries selbst in dieser Hinsicht auch für das Urtheil Inconsequenzen der Prozessordnung aufdeckt. Die Voruntersuchung kennt nicht mehrere Formen der Beendigung: es kommt viel wesentlicher auf die Art der Folgen des negativen Ausganges an, also ob damit das Strafklagerecht überhaupt erloschen ist oder nur als in dieser Art angewendet unzulässig erklärt wird.

Betrachten wir nun die Bedingungen der Voruntersuchung nach v. Kries, so sehen wir, dass der Mangel einiger derselben ganz entschieden ein Prozessrechtsverhältniss nicht hindert, wie z. B. der eines Sühnetermins, des Antrags oder die Verjährung; während bei jugendlichem Alter, bei den Fällen des Str.G.B. §§ 170, 172, 238 und bei Verjährung die Entscheidung zugleich als Sachentscheidung zu gelten hat, hindert die abweisende Entscheidung bei Unzuständigkeit, bei Mangel des Antrags oder des Sühnetermins, bei Unzulässigkeit der Voruntersuchung keineswegs eine spätere erneute Verfolgung. Es sind also hier die verschiedenartigsten Voraussetzungen des Prozesses genannt. — Formell mag auch

¹⁾ Mit denen ich mich weiter nicht auseinander setzen will.

auf die Bestimmung des § 16 der Pr.O. hingewiesen werden, wonach die Voruntersuchung eine wesentliche Bedeutung für die Geltendmachung der örtlichen Unzuständigkeit besitzt.

Es ist allerdings für die spätere Hauptentscheidung gleichgültig, wie die Voruntersuchung formell verlaufen ist: so gut deren Fehlen trotz gesetzlicher Nothwendigkeit dem Urtheil nicht schadet, so schadet diesem auch nicht die Inkorrektheit jener. Daher haben für sie, wie für das ganze Strafverfahren die strengen Prozessvoraussetzungen gar nicht die Bedeutung wie für das Civilverfahren. Und wenn sie formell von Bedeutung sind, so ist es nur erklärlich, wenn diese wesentlich in dem Zeitpunkt erwogen wird, in welchem der Klaggrund, der als wesentliches Moment der öffentlichen Klage hervortritt, seine formelle Feststellung erfährt; es mag darin nebenbei auch noch ein Hauptstück inquisitorischen Denkens ruhen, oder eine systematische Ineleganz, ganz gewiss kann daraus bei den vielen Besonderheiten, die den Strafprozess vom Civilprozess trennen, noch nicht entnommen werden, dass die Voruntersuchung ausserhalb des Prozess- und Parteiverhältnisses stünde¹⁾.

Ganz besonders muss hier noch auf die Erklärung v. Kries' eingegangen werden²⁾, dass Geisteskrankheit, bezw. Mangel der prozessualen Handlungsfähigkeit der Voruntersuchung nicht entgegenstehe, wohl aber der Hauptverhandlung: daraus schon ergebe sich, dass jene nicht zum Prozess gehöre. Wir müssen nun beachten, dass unsere Prozessordnung überhaupt Geistesgesundheit keineswegs zu den Prozessvoraussetzungen so allgemein rechnet, wie v. Kries dies meint. Statt nämlich — wie das richtig wäre — Geisteskrankheit als Mangel der Parteifähigkeit zu behandeln, da das Strafrechtsverhältniss hier sachlich nicht zu verwirklichen ist, lässt unsere Strafrechtspflege vollkommen gültige Verurtheilung zu, wenn auch der Beschuldigte in gewissem Umfang geistig krank ist.

¹⁾ Siehe Bemerkung Stenglein's über Prozessvoraussetzungen: Kommentar zu § 201, S. 373.

²⁾ Z, V, S. 39, Anm. 25. Anders schon Lehrbuch, § 63, S. 515.

Sie behandelt geistige Freiheit gar nicht einheitlich, sondern völlig verschieden nach den Stadien der Verfolgung, so auch z. B. beim Strafvollzug¹⁾. Zur Prozessverhandlung verlangt sie aber den Grad geistiger Reife, der zur Ausübung der Parteirechte jedenfalls nöthig ist — mehr nicht. Wenn aber dieser bei der Voruntersuchung mangelt, so kann eben auch dieselbe nicht stattfinden, ist vielmehr einzustellen. Ist aber die Geisteskrankheit derart, dass sie jede Strafe hindert, dann ist die Strafverfolgung unzulässig, und der Richter muss die Untersuchung zur Einstellung bringen, sobald er das erkennt, gegebenenfalls darf er das Verfahren gar nicht eröffnen. Dass diese Eröffnung doch möglich ist, das hängt mit der Einrichtung zusammen, dass vorher dem Beschuldigten nicht Gehör gegeben wird, was allerdings ein Mangel in der Ausbildung der Parteifunktionen ist. Und dass die Voruntersuchung sogar vollauf möglich ist trotz geistiger Störung des Beschuldigten, das hängt mit der Eigenart des Strafverfahrens überhaupt zusammen, in welchem die Partei zugleich Untersuchungsobjekt ist. Ganz dasselbe Verhältniss aber zeigt die Hauptverhandlung, deren Eröffnung in derselben Weise rechtlich gültig ist.

b) Klarer noch bekundet die Rechtshängigkeit den Prozesscharakter der Voruntersuchung: es dürfen nicht zwei Voruntersuchungen in derselben Sache gleichzeitig anhängig gemacht werden, die einmal erhobene öffentliche Klage bindet den Staatsanwalt an das eine Gericht. Ebenso hat nun auch der Beschuldigte schon ein Recht gewonnen, dass der Klagfall prozessgemäss erledigt werde: er kann darauf dringen, dass, wenn nicht das Hauptverfahren eröffnet wird, eine Gerichtsentscheidung nach § 202 Pr.O. ergehe: in beiden Fällen wird ein abschliessendes Ende erreicht, auch bei dem Einstellungsbeschluss liegt eine gewisse rechtskräftige Endgültigkeit vor (vergl. § 210 Pr.O), die allerdings keineswegs auf

¹⁾ Vergl. hierzu Bennecke, Lehrbuch, § 42, S. 149 f. S. 150, Anm. 13 und Text stimmen nicht ganz überein. Löwe, Note 20 a zu Buch II, Abschnitt I. v. Kries, Lehrbuch, § 31, S. 222.

den Principien unseres Strafverfahrens beruht, aber doch wenigstens alle Elemente des Urtheils enthält¹⁾. Dass nach § 203 das Verfahren nur vorläufig sein Ende findet, bedeutet noch nicht, dass der Beschuldigte nun auf ein abschliessendes Ende verzichten müsse: er kann gewiss später wieder das Gericht anrufen und eine anderweite Entscheidung extrahiren. Und nur § 208 Pr.O. ermöglicht ein Im-Sande-Verlaufen der Voruntersuchung, — aber hier nur in bestimmten, unwesentlichen Ausnahmefällen.

c) So können wir nicht umhin, schon in der Voruntersuchung ein volles dreiseitiges Prozessrechtsverhältniss anzuerkennen, in welchem die Subjekte grundsätzlich dieselbe Stellung einnehmen wie im Hauptverfahren. Der Richter ist vollkommen Mitglied des Strafgerichtes, den Regeln örtlicher Zuständigkeit streng unterworfen. Er ist zwar selbständig, insofern unabhängig in seiner Thätigkeit, aber das Untersuchungsgericht steht über ihm (Pr.O. §§ 178, 179, 195): dieses wie er ist ein selbständiger Faktor des Gerichts, so gut wie der erkennende Theil desselben, aus der Trennung der drei Gerichtsfaktoren nach Personen dürfen wir nicht folgern, dass nur der erkennende Faktor wahrer Richter sei: die Thätigkeit der anderen Theile ist ebenso integrierender Bestandtheil der gesamten Gerichtsaktion; wir haben hier nur eine noch grössere und mannigfaltigere Zusammensetzung der Richterbank, als uns das im bürgerlichen Prozess entgegentritt. Daher treffen ihn auch die Bestimmungen über Ausschliessung und Ablehnung; seine Thätigkeit unterliegt der Beschwerde (§ 346), d. h. die Parteien haben ein prozessuales Recht auf ihre gesetzlich genaue Vornahme; hier gerade tritt seine Zugehörigkeit zum Gericht im Verfahren deutlich hervor (§ 348, Abs. 3). Daher ist er der Herr und Leiter des Verfahrens, mit allen prozessual-richterlichen Zwangsrechten ausgestattet, und das gerade, weil er unparteiisch dasteht, d. h. weil er von der Interessevertretung ausgeschlossen sein kann, für welche andere Prozesssubjekte als Parteien aufgestellt sind;

¹⁾ Siehe Glaser, II, S. 429 f.

seine Akte gelten bei der Entscheidung vollkommen als Gerichtsakte (§§ 191, 250 Pr.O.). Endlich ist seine Thätigkeit gerade im Gegentheil zu der des Staatsanwaltes im Skrutinialverfahren nicht auf den Anfang, sondern als echt richterliche auf die Beendigung des Prozesses gerichtet: seine Ermittlung der Thatsachen dient mittelbar als Grundlage der Endentscheidung, da sich auf ihr die gerichtliche Formulierung der Urtheilsfrage im Verweisungserkenntniss aufbaut. Allerdings gilt das auch für die Ermittlungen des Staatsanwalts, wenn eine Voruntersuchung nicht stattfand (§ 197 Pr.O.), ohne dass der Ankläger deshalb Richter wäre: aber ihnen steht immer die Möglichkeit etwaiger gerichtlicher Confirmation (§ 200) gegenüber, und es ist anzuerkennen, dass auch die Voruntersuchung nur sehr lose mit dem Hauptverfahren in Verbindung steht¹⁾.

Ebenso ist die Parteistellung grundsätzlich formell ausgebildet, wenn auch keineswegs sehr kräftig entwickelt. Es steht den Parteien das Recht zu, den Richter zur ordnungsgemässen Thätigkeit anzuhalten und auch materiell dieselbe zu beeinflussen (Beschwerde in §§ 181, 195). Jedoch kann eine Inkorrektheit hier keine Revision begründen, was bei der praktischen Bedeutung der Voruntersuchung immerhin einen Mangel der Parteistellung bedeutet. Sehr gering sind die Parteirechte hinsichtlich der sachlichen Mitwirkung, die ihnen bekanntlich kaum gewährleistet ist; negativ können sie wohl den Richter auf die Klage beschränken; aber der Staatsanwalt wird praktisch wohl stets dem Untersuchungsrichter in jeder Ausdehnung folgen und dem Beschuldigten wird es schwer fallen, die Beachtung des Abs. 2, § 189 zu erzwingen; positiv haben beide Theile das Recht auf volle Erhebung aller die Klage betreffenden Materialien, der Staatsanwalt nach § 195, der Gegner nach § 199, aber alle diese Gerichtspflichten sind doch wenig durch Beschwerde garantirt; in der ganzen An-

¹⁾ Daher v. Kries' Anschauung, Z., V, S. 18 und IX, S. 73 ff. Siehe dagegen auch O. Friedmann in seiner Besprechung bei Grünhut's Z., XXIII, S. 587.

lage des Verfahrens ist vielmehr hauptsächliches Gewicht auf die selbständige Ansicht des Richters gelegt (cfr. § 153, 188 2). Auch schliesst endlich das Recht auf Anwesenheit nach § 191 noch nicht das auf Mitwirkung in sich. Dieses wird aber durch §§ 136, 190, Abs. 1, die Mittheilung der Beschuldigung an den Gegner eingeführt und in § 193 besonders erwähnt. Hier überwiegt aber wieder in entschieden einseitiger Weise die Berechtigung des Staatsanwalts (§§ 178, 194, 195), wozu noch besonders kommt, dass in diesem Stadium die Ernennung selbst eines nothwendigen Vertheidigers noch nicht stattfindet (§ 140 Pr.O., der durch die Novelle in Folge der Aufhebung des § 199 Pr.O. noch zu Ungunsten des Beschuldigten geändert ist), wenn auch wenigstens das Recht auf formelle Vertheidigung nur wenig gekürzt ist (§ 147 Pr.O.).

Sonach stehen weder materiell noch formell Staatsanwalt und Untersuchungsrichter einander gleich: das zu betonen ist wichtig, denn andernfalls wäre der Beamte, der als Klagpartei auftreten soll, allerdings mehr Richter und ein als Gerichtsmitglied auftretender Beamter hätte zugleich Parteistellung, insbesondere auch müsste die Stellung des Staatsanwalts als eine durchaus ungleichmässig durchgebildete bezeichnet werden, da sie ganz anders sich im Vorverfahren als im Hauptverfahren darstellt und das Auftreten des Anklägers in der Voruntersuchung sogar überflüssig erscheint. Zur Erkenntniss des einheitlichen und zwar des Parteicharakters der Staatsanwaltschaft ist es daher von grosser Bedeutung, ob wir systematisch die Voruntersuchung zum Prozess rechnen oder nicht.

§ 34.

Verfolgen wir die Parteithätigkeit weiter, so können wir sie nach zwei Richtungen untersuchen, nach der formellen Seite, d. h. einfach der Art und Weise des Prozessfortgangs, die allerdings auch von Bedeutung für den sachlichen Ausgang ist, und nach der materiellen oder in Bezug auf die Lösung des Prozesses selbst unmittelbar; darunter verstehen wir die Beweisthätigkeit, in welcher der Charakter der Parteien sich wesentlich uns offenbaren muss. Betrachten wir

rein von der formellen Seite die Parteithätigkeit, so lassen wir gerade die Frage ausser Acht, inwiefern die Parteien als Interessevertreter dem Richter gegenübertreten. Wenn die Parteien nur formelle Rechte, aber keinen unmittelbaren Einfluss auf die Interessebildung haben, dann sind sie nicht voll berechtigt, obwohl auch jene Rechte wesentlich zu ihrer Stellung gehören. Die Frage des Beweises wird uns daher mehr interessiren. Wir können über ihrer Betrachtung ruhig andere Gebiete ausser Acht lassen, um nicht die Grenzen dieser Arbeit zu weit zu überschreiten, und da viele Einzelheiten schon anderswo besprochen worden sind.

Das Wichtigste bei allen Parteirechten ist ihre Gewährleistung, da ihre einfache Aufstellung ohne Sicherung wenig bedeuten kann; doch dürfen wir hierunter nur Garantien innerhalb des Prozesses verstehen, da der Parteibegriff ganz selbständig nur innerhalb dieses Gebietes zu erklären ist.

Vor Allem haben beide Parteien ein Recht auf ordnungsmässiges Gericht. Sie können auf die Bildung der Richterbank derart einwirken, dass die verfassungsmässig gewollte Unabhängigkeit des Gerichts von nicht prozessmässig wirkenden Einflüssen möglichst verwirklicht ist. Dazu gehört:

Sachliche und örtliche Zuständigkeit. Auf deren Wahrung können beide Parteien einwirken; der Staatsanwalt kann sogar auch die von ihm selbst bestimmte örtliche Zuständigkeit später anzweifeln, so lange das Gericht diese von Amtswegen prüfen muss. Die Nichtbeachtung dieser Regeln unterliegt strengen Rechtsmitteln (§ 377 4 Pr.O.). Doch ist die Einwirkung des Parteirechts des Beschuldigten bei der örtlichen Zuständigkeit erheblich eingeschränkt, was sich freilich durch Zweckmässigkeitsgründe erklären lässt, aber entschieden der formellen Parteistellung schadet. Insbesondere ist die Beschränkung zu bemerken, da schon in der Voruntersuchung, also ohne die Garantien des Hauptverfahrens, die Zuständigkeit nach § 17 Pr.O. endgültig festgestellt werden kann. Doch darf das nicht so weit ausgedehnt werden, dass ein einmaliger

Verbrauch des Einwands denselben für immer beseitigt¹⁾, da noch immer neue Gesichtspunkte zur Beurtheilung auftreten können.

1a. Ebenso haben beide Parteien das Recht, die Unbefangenheit des Richters zu verlangen. Zu dem Zweck hat die Staatsanwaltschaft schon hinausgehend über das Prozess-Parteirecht Gehör bei der Bildung der Jahresliste der Schöffen und der Spruchliste der Geschworenen (G.V.G. §§ 52, 53, 94) und haben beide Parteien ein weitgehendes Mitbestimmungsrecht bei der Besetzung der Geschworenenbank selbst (Pr.O. §§ 282 ff.). Sie können volle Besetzung der Gerichtsbank in der Urtheilsvorhandlung durch Revision erlangen und unfähige sowie befangene Richter ablehnen. Hier freilich setzt sowohl § 28, Abs. 2 als auch § 29 Pr.O. ihrem Recht praktisch eine sehr bedeutungsvolle Schranke²⁾. Die Novelle erhöht hier lediglich die Parteipflichten durch § 26 a.

2. Weiter hat der Beschuldigte das Recht auf Anerkennung seiner körperlichen Freiheit, so weit nicht Sicherung wegen der späteren etwaigen Strafe durchaus nöthig ist. Der Verfolgte kann die gesetzmässige Einhaltung richterlicher Zwangsrechte gegen sich vollauf geltend machen: wieweit freilich hier die Praxis der Theorie gleichkommt, ist eine andere Frage. Die leichte Möglichkeit der persönlichen Festnehmung, so dringend nothwendig sie erscheinen muss, bringt bei der Schwierigkeit, Amtshandlungen zur Verantwortung zu ziehen, eine bedeutende Einbusse an der freien Bewegung der Person, besonders da auch die Collusionshaft die Gelegenheiten zur Festnahme erhöht³⁾. Die Rechte der §§ 115, 116 Pr.O. haben

¹⁾ Anderer Meinung Löwe, § 16, 11, und R.G., II, 14. December 1894, E. 26, 340; m. E. ohne ersichtlichen Grund.

²⁾ Die Entscheidung R.G., I, 13./20. Februar 1893, E. 24, 12, hebt dagegen wieder das Parteirecht. Wichtig auch R.G. N, 28. Juni 1895; Jur. Wochenschr. 1895, S. 572. Auch die Urtheile: II, 6. December 1895, N, 8. Mai 1896, E. 28, 53, 358 zeigen die strenge Auffassung des Reichsgerichtes.

³⁾ Es mag übrigens bemerkt werden, dass man anderswo noch viel freigebiger mit Gefangennehmen ist, z. B. in Nordamerika, wo bekanntlich auch Zeugen festgesetzt werden. Vergl. Code of Criminal

auch eine wirksame Garantie in der Prozessordnung nicht erhalten. Hier wie bei der Frage der geistigen Freiheit des Beschuldigten tritt dessen Parteicharakter entschieden zurück.

Sehr wichtig ist sodann das Recht des Beschuldigten auf formelle Vertheidigung, eine bedeutende Verbesserung seiner Stellung gegenüber noch nicht lang vergangener Zeit, streng beobachtet durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts. Uebrigens ist gerade auch hier der Beschuldigte zur Wahrung seiner Parteirechte sehr wesentlich auf sich angewiesen¹⁾.

Beiden Parteien ist ferner das Recht gegeben, wenigstens theilzunehmen an allen wesentlichen das Urtheil beeinflussenden und tragenden Prozesshandlungen. Das geht schon weit hinaus über reine formelle Prozessstellung, denn es ruht doch einzig auf der Erwägung, dass den Parteien als Vertretern betheiligter sachlicher Interessen solche Theilnahme nicht verwehrt werden kann und sogar, dass sie zur Mitwirkung berufen sein sollen. So haben sie das Recht auf Anwesenheit (Pr.O. §§ 88, 167, 191, 223 f., 229, 288, auch §§ 233, 322, 328 und 427, 457, wo die Vertretung trotz Abwesenheit gestattet ist, § 390). Verstärkt wird dies Recht einmal durch die Bestimmung des § 258 Pr.O., besonders aber durch das Recht auf Revision bei Nichtbeachtung, § 377⁵, während anderseits der allerdings nothwendige Zwang, wie ihn die §§ 230, 235 Pr.O. statuiren, und die Bestimmung des § 223, Abs. 2 daselbst das Recht sehr abschwächen. Sehr bedenklich beschränkt die Novelle dies Anwesenheitsrecht in § 229, Abs. 2, 370.

5 Damit verbunden ist das Recht auf formelle Ladung und Einhaltung der Ladungsfrist, allerdings prozessual so gut wie nicht gewährleistet: §§ 133, 214 ff. Pr.O., und auf Aussetzung: §§ 145, 245, 264.

6 Parallel geht dem das Recht auf Gehör, § 33 Pr.O., allerdings allgemein nur für die Hauptverhandlung geltend, §§ 115,

procedure of the State of New York, § 148 ff. Penal Code of California, §§ 879 ff. u. a. m.

¹⁾ Siehe R.-G., I, 6. Juni 1896, E. 28, 413 (hier S. 414).

128, 132 bezügl. des Verhafteten, §§ 135 ff., 190, 199. Freilich sehe ich für die zwei letzten Punkte keine prozessualen Garantien, so wenig wie für das Recht auf Gegenerklärung bei Rechtsmitteln und der Wiederaufnahme des Verfahrens §§ 350, 387, 408 (bezügl. der Berufung siehe § 361, Satz 2). Für die Hauptverhandlung gelten ausser § 242, Abs. 3 die §§ 247, 257, 299, 314, 367, energisch geschützt durch die Revision, bei Rechtsmitteln das Recht der Begründung §§ 358, 384, bei Privatklage § 422 (und bei Strafvollstreckung § 494).

4. Eine weitere Anerkennung sachlicher Selbständigkeit der Parteien ist auch in dem Recht auf Eröffnungen der Gerichtsentscheidungen zu erblicken: §§ 35, 101 (nicht geschützt), 195, 202, 218 (alle nicht garantirt), 267, 315 bezügl. des Urtheils.

Endlich darf hier wohl das Recht auf Einhaltung der Prozessformen genannt werden, z. B. auf die formelle Klage §§ 151, 177, 264, auf Einhaltung des Sühnetermins § 420, auf Einwendungen gegen das Protokoll § 273, alles geschützt durch Revision, während gerade hier manche andere des Schutzes bar sind: §§ 185, 186, 274, 300.

Dagegen gehört das Recht auf Rechtsmittel und auf Verfügung über dieselben schon mehr zum Gebiet sachlicher Interessevertretung; in ihm hat die Rechtsordnung schon seit jeher die formelle Selbständigkeit auch des Verfolgten im Prozess anerkannt: §§ 114, 179, 180, 338, 344 (Zurücknahme und Verzicht), 345 (Zustimmung zur Zurücknahme), auch §§ 360, 386, 451 Pr.O.

In allen diesen Rechten bemerken wir auch eine grosse Gleichheit der zwei Parteien, die einerseits eine Erhöhung der Stellung des Beschuldigten, anderseits eine Anerkennung der einfachen Parteistellung der Strafverfolgung bedeutet. Letztere fordert übrigens auch, dass prozessual die Staatsanwaltschaft der Gerichtspolizei wie der Gegner unterworfen sei: die allmähliche Anerkennung dieser Forderung bedeutet einen erheblichen Fortschritt zur Klarstellung des Systems¹⁾.

¹⁾ Vergl. den Aufsatz von Groschuff, Deutsche Juristenzeitung 1896, I, S. 8. Ullmann, Lehrbuch, § 58, S. 230, Anm. 1, § 105, S. 455, Anm. 1.

§ 35.

Sachlich greifen die Parteien im Prozess besonders ein auf dem Gebiete des Beweises. Hier zeigt sich ihre Bedeutung mehr als sonst, da hier die Vertretung der Prozessinteressen, die Bildung des Rechtsverhältnisses unmittelbar in Frage steht. Zumeist wird gerade hier der inquisitorische Charakter des Strafverfahrens gesehen, indem gesagt wird, dass principiell die Forderung materieller Wahrheit und die Officialthätigkeit die strengeren Formen wahrer Beweiserhebung auf Grund eines feststehenden Beweisthemas nicht zulasse¹⁾, oder doch, dass solche Grundsätze wenigstens zu einer Vernachlässigung der Form und zu stärkerem Eingreifen des Richters zu führen geneigt machen²⁾. Wenn nun auch nicht zu verkennen ist, dass die öffentliche Natur des Strafrechts, insbesondere die Forderung historischer Wahrheit hier Besonderheiten mit sich bringen, indem keinesfalls das Belieben oder auch nur das Können einer Person das Ergebniss beeinflussen dürfen, wo noch andere Mittel zur Erforschung vorhanden sein können, so ist damit doch noch nicht gesagt, dass die Strenge der Form im Prozess aufzugeben sei, dass nicht im einzelnen Prozess die Forderung der Anerkennung der persönlichen freien Selbständigkeit des Beschuldigten und der Freiheit des Richters von der Interessevertretung durch Formen zu verwirklichen sei, welche denen des civilprozessualen Beweises mindestens wesensähnlich sind. Es ist eine nicht leichte Aufgabe, mit diesen Forderungen jene der historischen Wahrheit, der Prozessökonomie und der Strafenergie so zu vereinen, dass nicht die Form, welche den ersten dient, die zweiten vereitelt. Unserer Gesetzgebung ist diese Aufgabe auch noch nicht gelungen, da hier eben noch zu sehr die

v. Kries, § 66, S. 547. Bennecke, § 95, S. 402 f. (Wortentziehung? S. 403, Anm. 37). Von anderem Standpunkt aus: John, Kommentar, III, S. 84 ff.

¹⁾ Z. B. und hauptsächlich Heinze, G.-Archiv, 24, S. 265 ff., Nr. V.

²⁾ So z. B. Ullmann, Lehrbuch, § 83, V, S. 334, § 108, III, S. 462. Siehe v. Kries, § 47.

Anschaungen der Geschichte den noch nicht voll ausgebildeten neuzeitlichen Forderungen widerstreben. Aber Ansätze zur Bildung der Beweisformen finden wir schon in unserem Gesetz und damit Grundlagen wahrer Parteithätigkeit. Wenn ich sie hier vortrage, so geschieht das nur von dem Standpunkt meiner Frage aus und ohne besondere Tendenz; doch glaube ich, dass nach dieser Richtung eine Weiterbildung der Grundsätze wohl wünschenswerth ist. —

Beweis ist die thatsächliche Begründung eines Rechtsverhältnisses, d. h. die Darlegung der thatsächlichen Grundlagen eines gegebenen Rechtsverhältnisses im Prozess, so dass der Richter dieselben sicher feststellen, sich von ihrer historischen Wahrheit, nicht bloss Wahrscheinlichkeit überzeugen, und mit Anwendung des objektiven Rechts das Rechtsverhältniss selbst daraus feststellen kann.

Zum Beweis gehört danach nicht die Aufstellung des Rechtsverhältnisses, des Anspruchs selbst. Diese Bestimmung des Streitpunktes muss durch die Parteien als einzige Interessenvertreter erfolgen. Auch darf die Ergründung der Thatsachen im Beweisverfahren nicht dazu dienen, dass erst ein solcher Anspruch gesucht werde; das ist Sache der Interessenten ausserhalb des Prozesses. Etwas anderes dagegen ist die Präcisirung des Streitfalles durch Thatsachenermittlung als Vorbereitung des Beweises, d. h. die Aufsuchung von Beweismitteln zum Zweck der Bestimmung, ob ein Beweisthema mit einiger Genauigkeit festgestellt werden kann. Sie kann auch ausserhalb des Prozesses geschehen. Erfolgt sie innerhalb des Gerichtsverfahrens, so muss ihr die Setzung des Streitpunktes wenigstens allgemein zur Begrenzung des Verfahrens vorhergehen, damit nicht der Richter zur Bestimmung eines streitigen Interesses beliebig gelange. Thut er das, so forscht er nach Rechtsansprüchen, und das war Inquisition. In unserem Strafprozess ist ihm die Ermittlung der Thatsachen nur soweit gegeben, als schon der zu beweisende Anspruch vorliegt; seine „Inquisition“ ist also ganz anderer Natur; und dazu wird einmal eine Scheidung der Gerichtsarbeit dahin vorgenommen, dass möglichst nicht der erkennende Richter den

Thatsachen nachspüren soll, und sodann wird den Parteien das Recht gegeben, durch eigene Mitwirkung das Gericht in seinen Schranken zu halten, so dass die alte Inquisition verschwunden ist. Es kann sich also das Aufsuchen der Beweismittel sehr wohl mit dem Beweis selbst verbinden. In unserem Strafverfahren muss wegen der Eigenart der Interessen und der schroffen Gegensätze sogar der Richter zur Ermittlung stärker mitwirken, und er thut das in noch nicht klar systematischer Weise in der Voruntersuchung. Diese Art der Ermittlung aber im Rahmen eines vorher bestimmten Anspruchs macht das Verfahren noch nicht zum Inquisitorischen¹⁾.

Nicht nöthig ist zum Begriff, dass nur streitige Punkte bewiesen werden sollen, oder dass die Parteien gewisse Thatsachen vom Beweis ausschliessen könnten. Wenn die Gesetzgebung bestimmt, dass alle Thatsachen, die im Prozess erheblich sein können, nach der Art und den Regeln des Beweisverfahrens belegt werden müssen, selbst wenn sie von den Interessenten beiderseits zugegeben werden, so schadet das dem Wesen des Beweises nicht im Geringsten und beeinflusst keineswegs die Stellung der Parteien rücksichtlich des Beweises. Es macht das unmöglich, dass die Parteien mit ihrem Willen in dieser Weise durch Zugeständnisse den Thatbestand ihrer Ansprüche beeinflussen; aber diese mit der Beschränkung der freien Dispositionsbefugniss zusammenhängende Bestimmung ändert noch nichts am Wesen des Beweises und am Begriff der Partei, so lange nicht etwa damit eine Disposition des Richters über nicht im Prozess liegende Ansprüche verbunden wird²⁾.

Wichtig ist, dass der Beweis nur im Prozess vorkommt, sich rein nach Prozessregeln bestimmt, die deswegen nicht etwa den Gesetzen der Logik zu widersprechen brauchten. Damit hängt zusammen, dass der Beweis in strenge Formen gebunden werden kann, und es ist ein Zeichen des Partei-

¹⁾ Der Unterschied wird von der Theorie selten betont.

²⁾ Planck, Systematische Darstellung, § 71, S. 189, 191, § 73, S. 195, ist m. E. mit der Verbindung des Anklageprozesses und einer formellen Beweistheorie im Irrthum.

prozesses, dass diese Formen und ihre Einhaltung von den Parteien bewacht werden können. Die „Verhandlungsmaxime“ verlangt, dass nur das, was in der parteimässigen Prozessverhandlung vorkommt und zur Urtheilsbegründung verwendet werden darf, also der Beweis streng innerhalb dieser Grenzen stattfindet; sie ist demnach eine nothwendige Folge des Grundsatzes des Parteiprozesses selbst; sie ist in diesem Sinne nicht identisch mit dem civilprozessualen Dispositionsprincip, sondern bedeutet einfach, dass allein innerhalb des von der Klage beherrschten Rechtsverhältnisses der drei Prozesssubjekte die rechtsgültigen Verhandlungen zum Urtheil vorgenommen werden dürfen. Alles, was ausserhalb derselben liegt (also im Strafverfahren auch die Vorerhebungen der Staatsanwaltschaft), ist nicht den Beweisregeln unterworfen¹⁾. Wenn aber die Verhandlungsmaxime auch nur für den Prozessabschnitt gilt, in welchem das Urtheil unmittelbar begründet wird, so ist es doch ganz irrig, daraus nur für diesen Theil analog dem Civilprozess, diesem nachgebildet, von Parteistellung zu reden.

Was ist hierbei nothwendig Parteisache? Meines Erachtens nur dreierlei:

Einmal das ausschliessliche Recht, den Anspruch, dessen Thatbestand dem Beweise unterliegt, concret aufzustellen. Es ist wohl möglich, dass dem Richter ein weites Rechtsverhältniss unterbreitet werde, aus dem er alle möglichen Ansprüche prüfen soll; aber das ist das Mindeste der Parteirechte, und damit wird die Freiheit der Rechtsverhältnisstheilnehmer in ihrer Interessevertretung gegenüber dem Richter bedeutend beschränkt, wenn auch immer noch nicht vollständig die Interessevertretung damit verschwindet und in diesem Rahmen auch voll prozessual parteimässig ausgebildet werden kann. Damit aber verbindet sich von selbst die Pflicht für die Parteien, alle Ansprüche, die sie berücksichtigt haben wollen, vorzubringen, wenn der Richter dieselben nicht er-

¹⁾ Vergl. Glaser, Handbuch, II, S. 498 ff., § 96, die guten Darlegungen von Facilides, Gerichtssaal 1895 (50), S. 401 (auch für die folgenden Ausführungen), „Verhandlungsmaxime“ in anderer Art oben § 24, S. 121.

kennen kann. Bei unserem Strafprozess besteht jedenfalls die wesentliche Beschneidung des Parteirechts des Beschuldigten, dass er von der Bildung des Streitverhältnisses, insbesondere also dessen Erweiterung ausgeschlossen ist, dass rein zwischen Staatsanwalt und Gericht die Feststellung der Grenzen des Prozessrechtsverhältnisses stattfindet.

Sodann müssen die Parteien beiderseits das gleiche Recht haben, den Thatbestand ihrer Ansprüche voll zu beweisen, und die Annahme ihrer Beweisführung vom Richter zu verlangen; denn sonst besteht die Möglichkeit für den Richter nach Gutdünken einen Thatbestand aufzuklären oder nicht, und also die Verwirklichung eines Anspruches selbst zu bestimmen. Dazu gehört neben dem Recht auf Mitwirkung beim Aufstellen des Beweissatzes dann auch natürlich das Recht, wenigstens neben dem Richter beweisend thätig zu werden, wenn wir etwa diesem die Hauptthätigkeit zuschreiben. Das bedeutet aber soviel als: die Parteien stellen Beweis anträge, die der Richter annehmen muss, über die er zu entscheiden hat, sie ersuchen oder bitten nicht bloss den Richter. Und hiermit korrespondirt die Pflicht der Parteien, alle Beweise zu führen, zu deren Erhebung der Richter nicht sonst veranlasst ist, wenn sie deren Prüfung verlangen wollen.

Und endlich müssen die Parteien das Recht haben, die Formen des Beweises und seiner Prüfung gegenseitig und beim Richter zu bewahren, ihre Einhaltung zu verlangen, und die erlangten Beweisgründe mit ihren Folgerungen zu besprechen.

Ist das alles der Fall, dann können sie voll ihre Rechtsinteressen in Prozessformen vertreten und den Richter in seiner Thätigkeit von jedem Eingriff in die Interessendarstellung zurückhalten. Dann sind sie materiell Parteien. Haben sie aber keine bindenden Rechte, dann liegt freie Inquisition des Gerichtes vor.

Was aber ist beim Beweis Richtersache?

Unter allen Umständen Leitung des Beweisverfahrens. Er allein hat die Zwangsrechte zur Stellung der Beweismittel; er muss den Parteien den Weg andeuten, den in seiner Idee

die Entwicklung des Prozesses geht, damit nicht die Parteien gehindert oder abgehalten werden vom möglichen Beweise wichtiger Thatsachen, die sie in ihrer Bedeutung für den Richter nicht verstehen; daher muss er beim Setzen des Beweisthemas mitwirken und beim Beweis selbst die ihm hervortretenden Zweifel den Parteien bekannt geben, damit diesen die Möglichkeit weiterer Aufklärung geboten wird. Dies Recht und diese Pflicht hat auch der englische Richter: es ist völlig irrig, anzunehmen, dass er ganz passiv dasitze¹⁾. Nur dann kann er die Ausgleichung der beiderseitigen Kräfte bewirken und, wo der Satz historischer Wahrheit gilt, denselben zur Geltung bringen, indem er verhindert, dass die Parteien selbst die Thatsachen verdunkeln.

Weitergehend kann ausser diesem leitenden Eingreifen in das Beweisen der Parteien dem Richter das Recht und die Pflicht gegeben werden, dass er die Mittel zum Beweise der ihm vorgebrachten Ansprüche selbst suche, ihnen nachforsche und aus ihnen die Beweisgründe selbst herausziehe. Nur dürfen, damit der Kreis des Richters nicht überschritten und der Richteraufgabe voll genügt werde, die ersten zwei oben genannten Parteirechte nicht dadurch geschmälert werden. Der Richter hat also mindestens auch die Pflicht, alle vorgebrachten Ansprüche und alle vorgebrachten Beweise anzunehmen. Und bei dem richterlichen Nachforschen müssen die Parteien auch ein Mitbestimmungsrecht haben, da ja sonst der Richter freie Hand hätte, die Schranken des Prozesses beliebig zu erweitern. Eine solche Richterthätigkeit ist noch nicht Inquisition.

Wie wir innerhalb dieser Grenzpfähle die Thätigkeit der Prozesssubjekte vertheilen, ist dann rein Zweckmässigkeitssache, die sich völlig nach der Art der im Prozess liegenden Interessen bestimmt. Es ist dabei nur von Wichtigkeit, dass wir die selbständige Verantwortlichkeit der Einzelnen für ihre

¹⁾ Der Lord Chief Justice sagte im Jameson trial: „The court has absolute discretion to ask any proper questions whatever“. Solicitors Journal 1896, Vol. 40, S. 678.

Handlungen nicht schmälern, da sonst entschieden keine Thätigkeit vollwerthig sein wird. Und nothwendig ist es, dass nicht über den Formen die Energie und sachliche Richtigkeit der Rechtsverwirklichung nothleide: das gilt für das Civilrecht sowohl wie für das Strafrecht; beide Male ist es wesentlich Sache des am wenigsten von der Form gebundenen Richters, den Formalismus zu beschränken.

Dabei ist noch eines zu beachten: Das gewöhnliche Leben spricht allerdings von Beweisen meist nur da, wo einer den andern zu überzeugen sucht. Aber das ist schon nicht ganz logisch genau; denn es kommt beim Beweis keineswegs darauf an, wessen Ueberzeugung beeinflusst werden soll; ich beweise mir die Richtigkeit einer Thatsache. Wenn in der täglichen Sprache das nicht so ausgedrückt wird, so hat das seinen Grund darin, dass die Gewinnung dieser Ueberzeugung andere Wege geht und uns nur dann als vollgültig erscheint, wenn ich durch denselben Beweis auch andere überzeugt habe; dennoch bleibt „sich selbst überzeugen“ und „andere überzeugen“ der gleiche Begriff.

Das aber berührt auch gar nicht die Prozessbegriffe, die sich gegenüber denen des täglichen Lebens völlig specialisirt haben, und daher von diesen verschieden sein können. Im Prozess beweist eine Partei sich und allen anderen Prozesssubjekten. Alle drei wirken zusammen, um vor Allem im Richter eine Ueberzeugung hervorzurufen; aber diese bedeutet zugleich die Ueberzeugung der Parteien, welche der Richter nur zu ihren Gunsten, in ihrem Interesse, an ihrer Statt objektiv ausspricht. Das kommt zum Ausdruck in der rechtlichen Möglichkeit, welche wir den Parteien geben, die Ueberzeugung des Richters zu controliren und selbst zu gewinnen. Wenn daher auch der Richter die Hauptthätigkeit beim Beweise ausübt, immer beweist er nicht nur sich, sondern auch den Parteien; durch ihn sucht die eine Partei den Gegner zu überzeugen. Das tritt im Civilprozess viel schärfer zu Tage, wo stets das Verhältniss der Parteien gegen einander das Wesentliche ist. Aber auch im Strafprozess besteht das gleiche Verhältniss. Die Thätigkeit des Richters ersetzt nur diejenige

der Parteien, die daher immer das Mitwirkungsrecht haben und denen die Benennung des Anspruchs bleibt, dessen That-
sachen zu beweisen sind ¹⁾).

§ 36.

Gehen wir nun der Beweisung im Zusammenhang ihrer Einzelheiten nach: Vor Allem sahen wir schon, dass das Rechtsverhältniss für den Prozess von den Parteien festzusetzen ist, dass nicht das Gericht Ansprüche selbst herbeiholen darf und namentlich auch davor zu bewahren ist, dass es durch die Thatdachenermittlung selbständig neue Ansprüche über die Parteien weg construiren. Insbesondere ist es natürlich Sache des Klägers, dass er das Streitverhältniss vortrage; der Gegner muss sich darauf einlassen; doch sollte ihm auch ein Mitbestimmungsrecht hierbei gegeben sein. Der Richter anderseits hat das Recht, von den Parteien eine bestimmte, formelle Bezeichnung und Abgrenzung des Anspruchs zu verlangen, wenn er über denselben urtheilen soll. Wenn, wie bei uns heute, einmal das in der öffentlichen Klage vorgetragene Rechtsverhältniss sehr weit gefasst ist und sodann das Gericht zur formellen Präzisirung des Klagrechtsverhältnisses mitwirkt, so erlangt damit der Richter ein weit über seine Stellung hinausgehendes Recht gegenüber den Parteien.

Während im Civilprozess die Parteien frei über alle Ansprüche verfügen können, besteht in unserem Strafprozess für den Kläger die Pflicht, den einmal genannten Anspruch unänderlich durchzuführen. Hier enthält die Klage ein Rechtsverhältniss, dessen sämtliche Anspruchsmöglichkeiten sofort auch von der Seite des Beschuldigten als dem Richter unterbreitet gelten. Das ändert natürlich wesentlich das Parteirecht, da einmal schon der Beschuldigte von jedem Einfluss auf das Rechtsverhältniss hierbei ausgeschlossen ist, sodann die Garantien der Durchführung des ganzen Verhältnisses dem Gericht anheimgegeben sind, so dass die strenge Pflicht der

¹⁾ Das übersieht Bennecke, Lehrbuch, § 72, S. 289. Ganz anders Heusler, Archiv f. Civil.Praxis 1879, 62, S. 247 ff., Nr. V.

Parteien zur selbstverantwortlichen Vertretung ihrer Interessen wesentlich wegfällt und ihre Mitwirkung von ihrem Charakter als unmittelbar die Einzeltheile des Rechtsverhältnisses bestimmende viel verliert. An ihrer Stelle erhält das Gericht Recht und Pflicht der völligen Durchführung des Rechtsverhältnisses und zwar streng nach dem Gesetz, also so, dass es im Umfang von dem Willen und der Thätigkeit der Parteien unabhängig bleibt.

Nur hat diese Pflicht des Gerichtes eine Grenze: Der erkennende Richter darf nicht über die in der Klage bezeichnete That hinausgehen und braucht nicht über die Grenzen der Verhandlung den etwa möglichen Ansprüchen nachzuforschen. Nun ist bei uns die Klage im Strafprozess rein nach einem historischen Thatbestand concretisirt ohne Rücksicht auf irgend ein Rechtsverhältniss. Im Rahmen dieses Klagbestandes liegen dann vor allen Dingen der vom Staatsanwalt behauptete Schuldanspruch und auch schon der Freiheitsanspruch des Gegners, und beiden muss das Gericht nachgehen. Es können aber zugleich in den klagmässig genannten thatsächlichen Einzelheiten weitere Rechtsansprüche liegen: rechtliche Qualifizierungen der That (z. B. Einbruchsdiebstahl statt einfacher Diebstahl), oder sogar ganz andere Rechtsarten (z. B. Mordversuch statt Körperverletzung). Auch diesen muss das Gericht nachforschen, um alle rechtlichen Möglichkeiten des Klagthatbestandes zu erschöpfen. Das Gericht soll aber nicht die Klagthatsachen derart zu erweitern und zu vervollständigen suchen, dass weitere, ganz andersartige strafrechtliche Ansprüche aus dem neugeformten Thatbestand entstehen können. Sehr lehrreich ist zur Illustrirung dieses Satzes das Urtheil des Reichsgerichts I. Strafs. vom 16. Mai 1895 (Entsch. Bd. 27, Nr. 86 S. 233), nach welchem scheinbar Eröffnungsbeschluss und Anklage den gleichen „historischen Vorgang“ behandelten, also die „Identität der That“ gewahrt schien, — während das Klagrechtsverhältniss und das Rechtsverhältniss der gerichtlichen Verhandlung nicht mehr identisch waren und daher das Gericht nicht zum Sachurtheil berechtigt war, da ein formell richtiger Eröffnungsbeschluss fehlte. Genau ebenso

könnte eine Verurtheilung ohne staatsanwaltlichen Antrag nicht eintreten, wenn erst im Laufe der Hauptverhandlung die historische That sich so erweiterte, dass nun nicht mehr der Rechtsanspruch der Klage, sondern ein ganz neuer, selbständiger vorliegt.

Das Gericht darf diese Erweiterung und Klärung der Sachlage herbeiführen. Nach unserem Gesetz darf es auf diesen erweiterten Thatbestand sogar ganz principwidrig neue Rechtsansprüche in gewissem Umfang (§ 264 Abs. 2 Pr.O.) gründen ohne neuen Antrag. Weiter aber, als diese Vorschrift erlaubt, darf es selbst nach unserem Gesetz nicht gehen: die Parteien disponiren selbständig über den neuen Rechtsanspruch¹⁾.

Weiterhin ist das Gericht berechtigt, sich auf das zu beschränken, was ihm die Verhandlungen und in diesen wesentlich die Parteien in Betreff der Ansprüche darbieten, während für den Untersuchungsrichter diese Beschränkung nicht gilt. Was nicht in der Verhandlung und ihrer Grundlage, der Klage, schon zu Tage tritt, das müssen die Parteien prozessrichtig geltend machen, wenn sie diesen bestimmten Anspruch berücksichtigt wissen wollen, und zwar nicht bloss, um die menschliche Unvollkommenheit des Richters zu ergänzen, sondern da der Richter nur innerhalb der Klage und Prozessverhandlung für ihr Interesse thätig werden darf.

Allerdings kann die Bestimmung im zweiten Absatz des § 153 Pr.O. so viel heissen, als: der Richter soll allen überhaupt möglichen Ansprüchen im Rahmen des vom Strafverfolger genannten Strafrechtsanspruches selbständig nachforschen. Aber offenbar ist das nicht gemeint, wenigstens nicht für das Gericht des Hauptverfahrens.

§ 201 nämlich verpflichtet das Gericht nur zur Prüfung derjenigen Anspruchsmöglichkeiten, die sich aus den dargebotenen Akten ergeben. Das Gericht hat also in demjenigen Prozessstadium, wo es zuerst (nach der Voruntersuchung) mit

¹⁾ Siehe hier auch die Schriften von Hasenbalg, Meyer, Stelling, citirt oben § 32, S. 198 Anm., insbesondere die Arbeiten Meyer's, der gerade darauf Werth legt, „That“ und „Rechtsverhältniss“ zu unterscheiden und in Einklang miteinander zu bringen.

der Sache beschäftigt wird, aber noch nicht in die Hauptverhandlung eingetreten ist, nur das Recht, nicht die Pflicht der selbständigen Nachforschung nach Ansprüchen der Parteien, die aus der Klage folgen können, und das vollkommen richtig schon deswegen, weil der Eröffnungsbeschluss nur ganz vorläufig die That qualifiziert.

Dasselbe gilt für die Hauptverhandlung und das Urtheil: § 263 weist das Gericht an, sein Urtheil über das Rechtsverhältniss zu fällen, wie sich dieses „nach dem Ergebniss der Verhandlung“ darstellt. Bietet also die Verhandlung keinen Anlass zur Aenderung des Anspruchs, so kann auch das Gericht nicht von sich aus verpflichtet sein, dem Anspruch nachzuforschen. Insbesondere gilt dies für diejenigen subjektiven Momente, welche die Strafbarkeit im gewöhnlichen Strafraumen beeinflussen ¹⁾).

§ 153 Abs. 2 könnte allerdings ergänzend zur Begründung einer solchen Pflicht angeführt werden. Aber nirgendwo behauptet das die Praxis ²⁾). Nur diejenigen Anspruchsänderungen braucht das Gericht vorzunehmen, zu denen irgend ein Zweifel an der bisherigen Gestalt des Rechtsverhältnisses Anlass giebt und wenn ein solcher nicht auftaucht, aber die Partei verlangt die gerichtliche Prüfung dieser Aenderung, so muss sie dieselbe nicht bloss behaupten, sondern prüfungsfähig darlegen. Demgemäss brauchen auch die Entscheidungsgründe nicht auf alle möglichen Qualifikationen des Anspruchs einzugehen, sondern nur diejenigen müssen hier erwähnt und besprochen werden, die in der Hauptverhandlung hervorgetreten sind. Ueberdies spricht auch § 153 gar nicht von Ansprüchen, sondern nur von Thatsachen; jenes wäre völlig grundsatzwidrig. Und endlich würde § 153 Abs. 2 immer durch die übrigen Prozesssätze zu ergänzen sein, so also, dass das Gericht nicht ganz allgemein, sondern nur gemäss den sonstigen Prozessformen und -Grundsätzen vorgehen soll.

¹⁾ Siehe Bennecke, Lehrbuch, § 69, S. 276.

²⁾ Siehe z. B. R.G., III, 23. März 1882, E. 6, 135.

Danach müssen wir also beachten: 1) das Gericht muss die historische That der Klage in allen Einzelheiten aufklären und erforschen. Gründen sich auf die so geklärte That Rechtsansprüche anderer Art als die der Anklage, aber doch im Rahmen des Klaganspruchs gelegen (Unterschlagung statt Betrugs), so kann und muss das Gericht diese neuen beurtheilen.

Aber Rechtsansprüche, die aus dem durch erweiterte Forschung geklärten Thatbestand über den Klaganspruch hinaus entstehen, muss es bei Seite lassen, wenn sie nicht geltend gemacht werden. So bieten z. B. sehr leicht die Vorgänge beim Bankerott Stoff zu weiteren Rechtsansprüchen in Form anderer Arten des Bankerotts: sind aber diese Einzelvorgänge nicht im KlageThatbestand principiell enthalten, sondern dort nur als Nebenumstände zur Klagbegründung erwähnt, ohne dass sie zum concreten Thatbestand des Klagfalles gehörten, und jetzt erst so klar geworden, dass sie Hauptmomente werden, so sind die aus ihnen entstehenden Rechtsansprüche neu und der Parteidisposition unterworfen (nach unserem Gesetz ist ausgenommen der Fall des § 264 Abs. 2 Pr.O.).

2) Das Gericht darf aber nicht solche beim ersten Klagfall nebenher möglichen aus einer klareren Erforschung des Thatbestands sich möglicher Weise ergebenden Rechtsansprüche sich als Ziel vorsetzen und thatsächlich zu ergründen suchen, indem es nach § 153 Pr.O. dem Thatbestand nachgeht. Das ist rein Sache der Parteien ¹⁾.

Also bleibt das selbständige Recht und die Pflicht der Parteien, auf den Inhalt des Klaganspruches selbst einzu-

¹⁾ Siehe von Kommentaren besonders: Schwarze zu §§ 153, 205, I, S. 363, § 263. Stenglein, besonders scharf zu § 263, Nr. 3 b. John II zu § 153. Motiv zu § 263 (des Gesetzes). — Die Frage liegt ebenso bei den Fällen des Schuldaußschlusses, den der Beschuldigte gegenüber einer Schuldpräsuntion zu beweisen hat: Diese Anspruchsmöglichkeiten selbständig zu erforschen, hat der Richter nicht die Pflicht, obwohl sie im Klagrahmen liegen. Bennecke, Lehrbuch, § 72, S. 290 f., spricht nur vom Recht des Richters.

wirken, bestehen: damit controliren sie die Richterthätigkeit, damit sie nicht zu einer einseitigen werde. Und wäre das nicht der Fall, dann könnte der Grundsatz der Legalität nicht gewahrt sein, da er der vollen Willkür eines uncontrolirten Gerichts anheimgegeben wäre: nur durch das stete Ineinandewirken der Prozesssubjekte wird er aufrecht erhalten. Wir haben darin einen Grund mehr für die materielle Selbständigkeit der Prozessparteien.

In diesen Ansprüchen liegen die Beweisthemata, in unserem Strafprozess schon alle in der öffentlichen Klage, präzis gefasst im Eröffnungsbeschluss; aus der Klage ist nicht nur der Thatbestand des Strafanspruchs, sondern auch der des beklagtischen Freiheitsanspruchs zu beweisen¹⁾, aber nur jener verlangt vollen Beweis, dieser zu seiner Berücksichtigung und zur Erschütterung jenes nur der Wahrscheinlichkeit.

Es darf als theoretisch nothwendig bezeichnet werden, dass diese Scheidung der Ansprüche und ihrer Thatbestände gemacht wird, wenn auch im Beweis selbst nur diese, nicht jene unmittelbar zur Sprache kommen, und im Allgemeinen die Ansprüche kaum selbständig hervortreten. Da aber der Rechtsbestand eines Rechtsverhältnisses, der nie der richterlichen Verfügung unterliegen soll, sich in eine Reihe von Ansprüchen gliedert, und da diese nur in ihren Thatbeständen in die Erscheinung treten, so ist die Gefahr naheliegend, dass die rechtlichen Verhältnisse auch dem Richter zur Verfügung gestellt werden, wenn das Gesetz ihm gestattet, That-sachen beliebig beizuziehen. Denn es ist oft kaum möglich, die Identität des historischen Vorganges scharf festzuhalten, während sich die Strafansprüche leichter erkennbar von einander abheben. Daher ist es wichtig, dass wir uns klar sind über das, was hinter den zu beweisenden That-sachen liegt.

Unser Gesetz stellt dadurch, dass es den Klaganspruch nur thatsächlich präcisirt, ein recht weites Verhältniss für den Prozess auf und bereitet dadurch der Theorie und Praxis Schwierigkeiten. Die „Identität der That“ ist ein so all-

¹⁾ Anderer Meinung offenbar Bennecke, Lehrbuch, § 70, S. 278 c.

gemeiner Begriff, dass auf dieser Grundlage das Gericht nothwendig freier stehen muss, und doch soll und darf es nicht inquisitorisch vorgehen. Daraus ergeben sich deswegen Unvollkommenheiten, weil kein Prozesssubjekt für die Durchführung der strafrechtlichen Ansprüche volle Verantwortlichkeit fühlt. Viel richtiger würde sich die Sache gestalten, wenn wir die „Identität des Strafrechtsverhältnisses“ ausbildeten.

Ganz entsprechend der Geltendmachung der Ansprüche aus dem Rechtsverhältniss liegt auch die Frage nach der Beschaffung der thatsächlichen Grundlage der Ansprüche, d. i. nach dem Beweis im eigentlichen Sinn.

Das Natürlichste ist, dass die Parteien, und zwar in erster Linie die Ansprucherhebende diese Thatsachen beschafft, d. h. die den Anspruch darstellenden Thatsachen als Beweisthema nennt und ihre Wahrheit darthut, denn dieselben sind ihnen am besten bekannt und gewisse Thatsachen wollen sie vielleicht voll berechtigt nicht veröffentlichen. Dann muss der Richter nur dafür sorgen, dass alle Thatsachen, soweit nöthig, herbeigeschafft und geprüft werden oder doch zur Erörterung gelangen, dass die zwei Streittheile sich über dieselben gegenseitig aussprechen und dass jeder das herbeischaffe, was das objektive Recht als von ihm herbeizuschaffen erklärt.

Während es nun einerseits möglich ist, dass nur das von den Parteien beschaffte Material als Beweisthema und als Mittel zur Bewahrheitung Geltung habe, kann anderseits der Richter entweder eine ergänzende Thätigkeit üben oder es kann sich sogar das Verhältniss umdrehen und der Richter allein die Thatsachen als Beweisthemata und die Mittel zur Prüfung ihrer Wahrheit herbeischaffen, etwa unter Beihülfe der Parteien, nachdem diese ihm einfach das streitige Rechtsverhältniss zur Prüfung zur Verfügung stellten. Es ist leicht ersichtlich, dass dies letzte Verhältniss da, wo die Parteien nicht aus irgend welchen Gründen genöthigt werden können, die sie betreffenden Thatsachen preiszugeben, nicht wohl anwendbar ist, während es sich da, wo Rücksichten über das Interesse der Einzelnen hinaus die Preisgabe aller Thatsachen

verlangen, viel eher empfiehlt. Nur ist es nöthig, dass hier die Parteien Einfluss zur Controle der vollen Ausführung des Rechtsverhältnisses und der Beschränkung auf dasselbe haben, indem ihnen das Recht zur Mitwirkung und zur Beschwerde gewährt wird.

So besteht die erste Art der Beweisführung in Privatrechtsverhältnissen, die zweite erlangt Geltung im Strafrecht, obwohl auch hier noch nicht innere Gründe ihre Anwendung durchaus nothwendig machen. Sollen vielmehr im Strafrecht alle einen Anspruch betreffenden, zu einer richterlichen Prüfung irgendwie erheblichen Thatsachen erforscht werden, so kann diese Erforschung und Beschaffung in einer Weise den Parteien (dem Beschuldigten dann unter Zuziehung officieller Vertheidigung) zur Pflicht gemacht werden, dass sie genügend garantirt wird, ohne dass der Richter selbst mitwirkt. Da freilich die Mittel zur Beschaffung im staatlichen Strafrecht von vorneherein so ungleich sind, und da gegen verschiedene Seiten Zwangsmassregeln zur Anwendung kommen müssen, welche die Rechtsordnung nicht gern in die Hand eines einseitigen Rechtsverhältnisstheilnehmers legt, die sie vielmehr überall nur einem Richter anvertraut, so kann und wird sie auch hier schon den Parteien einen Richter zur Verfügung stellen, der diesen Mängeln abhilft. Aus diesem Gesichtspunkt können wir die Thätigkeit des Richters in der deutschen Prozessordnung bei den Vorerhebungen betrachten; aber auch das englische Recht hat diese Einrichtung der richterlichen Theilnahme an der Beweissammlung sehr stark entwickelt.

Dass man hiernach auf den Gedanken kommt, den Richter überhaupt mit der Stoffsammlung zu betrauen, ist nur natürlich. Nur war dies bekanntlich nicht der Ursprung der Inquisitionsidee, die vielmehr aus der Nothwendigkeit oder dem Wunsche entsprang, einen geeigneten Vertreter des Strafanspruchs zu besitzen. Aus dieser unnatürlichen Verquickung der Vertretung des staatlichen Strafanspruchs und des Richteramtes kam naturgemäss der Gedanke, dass der Richter als solcher und nicht bloss als Strafverfolger die Thatsachen allseitig erforschen solle und sie blieb bestehen, als man

vom Richteramt die Strafverfolgung loslöste. Die aus dieser Trennung sich ergebende nothwendige Folge, dass man nun auch wieder den Parteien die zur Begründung ihrer Ansprüche dienende Beweisdarbringung überliesse und den Richter nur zur Ueberwachung und Ergänzung heranzöge, hat man in unseren Prozessordnungen bekanntlich nur in sehr beschränktem Maasse gezogen, obwohl Jedermann zugiebt, dass auch die mit der Anspruchsvertretung so eng verbundene Thatsachenbeschaffung nothwendig dem Richter eine unparteiische Prüfung erschwert.

Wenn in dieser Art der Richter auch die Hauptthätigkeit im Beweis ausübt, so bleibt doch auch heute schon den Parteien eine Beweislast in sehr erheblichem Maasse^{1) 2)}.

Von formeller Beweislast dahin, dass nur die von den Parteien vorgetragenen und bewiesenen Thatsachen gelten sollen, kann freilich nicht gesprochen werden, nicht da sie dem Wesen des Strafprozesses widerstrebte, sondern da sie unpraktisch im höchsten Grade wäre. Ueberhaupt von Beweislast dahin, dass eine Partei einen Beweis voll führen müsste, kann nicht die Rede sein. Es kann heute überall nur verlangt werden, dass die Partei ihrem Anspruch bestimmte Thatsachen soweit zur Unterlage gebe, dass diese vom Richter selbständig mit den von ihm gewonnenen Mitteln geprüft werden können: Wir haben auch heute eine materielle, faktische Beweisart (die ich nicht unterscheiden möchte) oder ein Beweisinteresse³⁾.

Und zwar muss:

1) Der Verfolger seinen Anspruch, wenn er ihn dem erkennenden Gericht zuerst vorlegt, derart mit Thatsachen be-

¹⁾ Bennecke, § 72, S. 289 a, sagt allerdings, Beweis im Strafprozess sei allein eine Thätigkeit des Richters.

²⁾ Ich denke hier nicht an die viel engeren Verhältnisse des Gegenbeweises gegenüber Schuldpräsumtionen, die allerdings auch unter die folgenden Erwägungen fallen.

³⁾ Glaser, Handbuch, I, § 36, S. 364. Beiträge, § 5, S. 100 ff., insbesondere S. 101, Anm. 61. — Spohr, Das Beweisinteresse in Strafsachen 1894.

legen, dass aus diesen mindestens ein Anlass zur weiteren Nachforschung nach Beweismitteln sich ergibt: Pr.O. §§ 200, 201. Thut er das nicht, so kann nicht gesagt werden, dass „nach dem Ergebnisse der Voruntersuchung oder falls eine solche nicht stattgefunden hat, nach den Ergebnissen des vorbereitenden Verfahrens der Angeschuldigte einer strafbaren Handlung hinreichend verdächtig erscheint“. Das Gericht aber kann weder aus § 153 Abs. 2 noch aus § 200 Pr.O. für verpflichtet erklärt werden, selbst von vorneherein alle That-sachen zu construiren, auf denen der Anspruch beruht. Es kann vielmehr den nicht substantiirten Antrag a limine zurückweisen. Das folgt schon aus dem Worte „That“ bei Nennung der öffentlichen Klage; denn damit wird eben gesagt, dass der Anspruch concret thatsächlich dargelegt sein müsse. Ebenso ergibt das die Erwähnung der Beweismittel als nöthiger Bestandtheile der Anklage. Auch die Verbindung der §§ 200, 201, 202 zeigt, dass durchaus nicht nothwendig der Abweisung der Anklage wegen nicht hinreichender materieller Substantiirung ein Versuch eigener Beweiserhebung Seitens des Gerichtes vorhergehen muss; insbesondere weist hierauf die einfache Benutzung des Wortes „kann“ in § 200 hin¹⁾).

Es ist also nicht bloss staatsrechtliche, ausserordentliche Pflicht der Staatsanwaltschaft, ihren Anspruch mit Beweismaterial zu belegen, sondern es ist dies eine streng prozessuale, die freilich nicht formell in dem Sinn ist, dass bei ihrer Nichterfüllung der Richter den Antrag abweisen müsste: der Gegner hat kein Recht, vom Gericht dies zu verlangen, vielmehr kann das Gericht auch einen völlig beweislos gebliebenen Klagantrag selbständig mit That-sachen zu belegen suchen, wenn nur die Formen der Anklage erfüllt sind.

Hieraus ergibt sich auch, dass der Verfolgte nur in beschränkter Weise als Beweismittel bezeichnet werden darf, denn wäre er das in vollem Maasse, dann könnte der Staats-

¹⁾ Siehe insbesondere Stenglein zu § 198, Note 6, 7. Löwe ibid., Note 11 a. Glaser, II, S. 425.

anwalt stets behaupten, dass er ein „Beweismittel“ dem Gericht dargeboten habe, da er ja den Beschuldigten nenne. Die Aussage des Beschuldigten ist wohl Beweismittel, aber da sie zugleich die Aussage der Partei ist, so muss sich ihre Qualifikation als Thatsachen begründend entweder aus ihr selbst oder aus einer Verbindung mit anderen Thatsachen ergeben, und das Gericht wird diese Qualifizierung nie auf die blosse Hinweisung des Staatsanwalts auf den Beschuldigten als Träger des Beweismittels ohne Weiteres vornehmen können, also wohl auch nie ohne genaue Kenntniss der Aussage des Beschuldigten auf blosse Nennung desselben hin den Klagantrag als mit einem „Beweismittel“ versehen bezeichnen.

2) Beide Parteien haben überhaupt dem Gericht gegenüber die Pflicht, ihre Ansprüche, die nicht schon dem Gericht von vorneherein in der Klage vorgetragen sind, derart mit Thatsachen zu belegen, also die Beweisgegenstände zu nennen und den Weg zu ihrer Ergründung und Benützung zu zeigen, dass das Gericht die Bedeutung des Anspruchs erkennen kann, d. h. sie müssen wahre Beweisanträge stellen¹⁾. Auch hier ist das Gericht einmal nicht zur Abweisung eines nicht substantiirten Beweisantrages verpflichtet — der Gegner also hat kein Recht, eine solche Substantiierung vom Anderen und vom Gericht die alleinige Berücksichtigung substantiirter Anträge zu verlangen — und sodann bedeutet Substantiierung nicht Beweisen²⁾.

3) Umgekehrt haben beide Parteien gegeneinander und gegen das Gericht weitgehende Rechte, indem beide verlangen können, dass alle Beweise, die sie darbringen, geprüft, ja dass alle Beweise, die sie nur antreten, erhoben werden. Im Eröffnungsverfahren hat dies Recht in vollem Maasse freilich nur der Staatsanwalt, da das Recht des Beschuldigten auf Erhebung der Entlastungsbeweise durch die Hauptverhandlung gewahrt erscheint. Hier aber besteht dies Recht nach § 244

¹⁾ Dietzen, Z., X, S. 111 ff., XI, S. 468. Meves, Goltd. Archiv 1892, 40, S. 211, 416. R.G. stets von neuem, z. B. Feriensenat 29. Juli 1895, Nr. 2934, 95. Jur. Wochenschr. 1895, S. 570, Nr. 4.

²⁾ R.G., III, 31. Januar 1895. Entsch. Bd. 27, Nr. 37, S. 95.

in widestem Maasse und sichert so am besten die Parteiqualität des Staatsanwalts wie des Beschuldigten. Diese Vorschrift schliesst sich seinerseits an die des § 153 an, füllt anderseits mit ihrer thatsächlichen Bestimmung die des § 263 aus und wird selbst durch die des § 266 bezüglich der Entscheidungsgründe ergänzt und gesichert¹⁾. Wenn nun die Novelle diese Bestimmung als eine „unnöthige Erschwerniss des Verfahrens“ entfernt, so hilft sie damit den Parteiprozess gewiss nicht ausbauen, sondern mindert noch weiter jede Selbstverantwortung der Parteien, ohne in der Berufung die nöthige Gegengabe zu bieten. Der theoretischen Fortbildung schaden kann ein solches Vorgehen allerdings kaum, denn schon jetzt ist die Ausbildung unseres Verfahrens im Gesetz kaum irgendwo einem einheitlichen Grundsatz entsprechend²⁾.

Endlich hat wohl staatsrechtlich der Staatsanwalt die Pflicht auch den Entlastungsbeweis für den Angeklagten beizubringen; aber prozessrechtlich wird durch nichts diese Pflicht garantiert, denn weder kann das Gericht, noch kann der Angeklagte vom Staatsanwalt die Erfüllung derselben erlangen, während das Gericht doch wenigstens die Benennung von Verfolgungsmaterial vom Staatsanwalt für den Eröffnungsbeschluss verlangen kann.

Danach scheint mir nicht nur eine äussere Parteistellung der zwei nichtrichterlichen Prozessbetheiligten sich zu ergeben, sondern eine volle innere Parteiqualität mindestens in ihren Grundzügen. Denn von Seiten des Verfolgers haben wir Anfangs volle Herrschaft über den Strafanspruch, wir haben die prozessual gesicherte Pflicht der Materialbesorgung und wenigstens in gewissem Umfang bis zuletzt eine Pflicht der Anspruchsvorbringung, die ebenso dem Angeklagten obliegt.

¹⁾ Freilich. 1. § 244, Abs. 2; 2. § 274 bezüglich des Protokolls.

²⁾ Ich führe nur einige Stellen der neuen Reformliteratur an: Stenglein, „Wider die Berufung“ 1894, S. 38 f. — Mamroth, Die Gefahren der Novelle 1894, S. 16 ff. — Binding, Der Entwurf etc. 1895, 16 ff. — Ortloff, Für oder wider die Berufung 1896, S. 50 ff., wobei des Verfassers mehrfach angegriffene grundsätzliche Stellung wieder zum Ausdruck kommt. — Facilides, Gerichtssaal, 50, S. 430 ff.

Wir haben aber insbesondere das Recht der Parteien, dass ihre Ansprüche und ihr Beweismaterial einer vollen Prüfung unterzogen werden. Daraus ergibt sich insbesondere das Recht beider Theile, das Gericht zu einer unparteiischen Haltung zu zwingen, indem beide das Recht des Gerichts zu selbständiger Prüfung des Rechtsverhältnisses nach der Seite des Rechts wie der Thatsachen durch eigene Anträge corrigiren können.

Wie aber endlich das Gericht nie zu selbständiger primärer Nachforschung genöthigt ist, so muss im Interesse des Verfolgers ein Organ da sein, das nicht nur äusserlich dessen Rechte darstellt, sondern dieselben auch ihrem Inhalte nach trägt, und das ist der Staatsanwalt, der also Partei ist, Partei in materiellem Sinne, d. h. er hat über den Stoff des Rechtsverhältnisses zu verfügen, er ist materiell Interessent des Rechtsverhältnisses, der auch heute schon gewisse materielle Pflichten gegenüber dem Gericht zur Vertretung seiner Interessen hat. In diesem Sinne werden wohl auch Autoritäten, die wie Heinze sagen, dass der Staatsanwalt formell Partei sei, d. h. „berechtigt ist, Angriff oder Abwehr aus eigener Entschliessung durch prozessuale Handlungen zu beeinflussen“, dass er aber nicht materielle Verfügungen dadurch treffen dürfe, zugeben, dass allerdings der Staatsanwalt wie der Angeklagte im Stande sind, über das Rechtsverhältniss selbst zu disponiren, materielle Parteihandlungen vorzunehmen, woran der Umstand, dass der Staatsanwalt in allen diesen Verfügungen pflichtmässig gebunden ist, nichts ändert, wo ein formeller Zwang zur Ausübung dieser Pflicht absolut fehlt. Namentlich macht auch diese Bindung des Staatsanwalts den Richter noch nicht freier in seiner Stellung im Beweisverfahren, als er es sein dürfte, da sie immer noch aus dem Grundsatz der Richterthätigkeit im Parteiprozess sich erklären lässt.

Aus dem bisher Dargelegten geht auch hervor, dass wir es heute im Strafprozess mit wirklichem Beweis zu thun haben — wenigstens soweit der Haupttheil des Verfahrens, die Hauptverhandlung in Betracht kommt. Wirkliche Beweis-

anträge sind daher, von der Beweissicherung abgesehen, nur im Hauptverfahren möglich.

Dass sich in der Hauptverhandlung ein wahres Beweisverfahren abspielt, wird durch den Eröffnungsbeschluss möglich gemacht, der die allgemein gehaltene Klage zusammen mit der Anklage¹⁾ präcisirt und so im Gegensatz zum Vorverfahren eine bestimmte Beweisgrundlage schafft, auf welcher das folgende Verfahren allein zum Urtheil, d. h. zur Prüfung der aufgestellten Straffrage führt. Eben da in der Voruntersuchung schon für die Herbeischaffung des Beweismaterials gesorgt wurde und der Eröffnungsbeschluss nur bei hinreichendem Verdacht erlassen wird, kann jetzt die weitere Erforschung der Beweismittel ziemlich ausser Acht bleiben und die Verhandlung dem Beweis, der Antwort auf die Klage vollauf dienen. Hier finden wir dann auch die Parteirechte formell ausgebildet, also insbesondere die folgenden:

Das Recht auf Beschränkung auf die Klage, § 263 der Prozessordnung, eines der wenigen aus der Interessevertretung dem Angeklagten noch wesentlich dienenden;

das auf vollständige Erhebung aller möglichen Beweise, § 243—245 der Prozessordnung;

das auf Mitwirkung bei der Festsetzung der Beweisthemata im Eröffnungsbeschluss hauptsächlich und später, wie besonders auch aus § 291, 296, 297 der Prozessordnung hervorgeht;

das auf Mitwirkung bei der Produktion, nämlich Selbstherbeischaffung, Vorerkundigung und Frist hierzu (§ 245, Abs. 2, § 221).

Selbstbefragung (§ 239, 240, 238)²⁾:

¹⁾ Wie weit beide zusammenwirken, darüber siehe nur Stenglein, Kommentar zu § 201, S. 372 ff.

²⁾ Es scheint mir wichtig, hier darauf aufmerksam zu machen, dass der Misserfolg des § 238 Pr.O. bei uns keineswegs einen Rückschluss darauf zulässt, dass unsere Parteien zur selbständigen Beweisung wenig geeignet seien und daher das Gericht höher berechtigt sein müsse. Der Misserfolg hat — gegenüber England — wesentlich darin seinen Grund, dass die Parteien, ihre eigene geringe Macht und das thatsächliche,

das Recht auf Einhaltung der Form bezüglich der Be-
eidigung, der Befragung des Protokolls, (hier auch bezüglich
der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit u. dergl.);

dasjenige auf Benützung nur materiell zulässiger Mittel,
also etwa nicht gesetzlich ausgeschlossener Zeugen oder un-
erlaubter Urkunden;

endlich das auf Kritik der Beweismittel und Prüfung der
Beweisgründe, in dem Fragerecht des Angeklagten (§ 256),
den Schlussvorträgen (§ 257, auch §§ 290 ff.).

Diese Rechte vertragen sich auf Seiten des Angeklagten
sehr wohl damit, dass dieser zugleich Träger eines eigen-
artigen Beweismittels ist, des Geständnisses¹⁾. Schon oben
zeigte ich einen wichtigen Unterschied zwischen Geständnis
und Zeugenaussage; dass die Praxis denselben durchgehends
festhält, braucht kaum erwähnt zu werden. Eben die ein-
fache Erkenntnis, dass Aussagen in eigener Angelegenheit,
zumal unter den Umständen des Strafprozesses gethan, stets
besonders vorsichtig aufzufassen sind und nirgends mit der
Objektivität einer Zeugenerklärung zusammengestellt werden
dürfen, führt uns zur Sonderung dieser zwei Aussagensarten.
Halten wir daran fest und beachten wir, dass die Aussage
des Beschuldigten noch nicht die des Thäters ist, dass sie
nur, soweit sie sich auf Thatfachen bezieht (soweit aber auch
vollständig und allgemein), zum Beweis dienlich ist, sodann
aber, dass sie auch formelle Bedeutung haben kann, so wird
die Scheidung der Parteiaussage von dem Beweismittel leicht.

durch das Gesetz veranlasste Uebergewicht des Gerichts erkennend, ihre
eigene Verantwortung vergessen und ganz natürlich Alles dem Gericht
überlassen: Stärkt man ihre Pflichten, so wird das sogen. Kreuzverhör
bald zu Ehren kommen. Siehe darüber v. Bar, Recht und Beweis im
Geschworenengericht, S. 330.

¹⁾ Der Staatsanwalt umgekehrt kann nie Zeuge sein, so lange er
als Verfolger auftritt, da er als solcher nicht einfach Parteivertreter ist,
wie der Vertheidiger: für diesen siehe die Urtheile des R.G., II, 6. No-
vember 1891, E. 22, 198; III, 17. April 1893, E. 24, 104; I, 2. Oktober
1893, E. 24, 296, die Möglichkeit der Vereinigung der zwei Eigen-
schaften immer mehr einschränkend. — Vergl. etwas abweichend: Glaser,
Handbuch, I, § 46, S. 478, 5.

Wir müssen dazu nur die Bedeutung der beiden Seiten der Aussagen des Beschuldigten uns klar machen. Insbesondere je mehr wir die formelle Disposition der Parteien über das Recht selbst genau einschränken, je genauer wir die Prozessrechte der Parteien zur Einwirkung auf den Fortgang des Prozesses ausbilden, je freier wir den Richter in der Beweiswürdigung stellen, je strenger wir aber die Controle der Parteien über die Tauglichkeit der Beweismittel in der Unmittelbarkeit der Prüfung, der Möglichkeit der Nachprüfung machen, um so leichter wird die Verbindung der Parteieigenschaft mit der Stellung als Träger eines Beweismittels. Theoretisch stehen dem keine Bedenken gegenüber, nur praktisch können die Schwierigkeiten erheblich sein ¹⁾.

Alle diese formellen Parteirechte haben heute ihre besondere Korrektive der freien Beweiswürdigung durch den Richter. Soll diese nicht zur Willkür werden, so müssen wir die Parteien thatsächlich selbstberuhigt machen, so dass in ihrer formellen Mitwirkung stets auch sachlicher Einfluss auf die Entwicklung des streitigen Rechtsverhältnisses im Prozesse zu finden ist.

Eben wegen dieser sachlichen Parteistellung ist es auch möglich, dass die Parteien gegenseitig Rechte im Beweise haben, die allerdings im Strafprozess sehr viel geringer ausgebildet sind als im Civilprozess, die aber stets eine sachliche Einwirkung auf die vom Gegner genannten Beweismittel bedeuten. An solchen Rechten haben wir nur das auf Einhaltung einer Ladungsfrist (§ 221, 245 der Prozessordnung), das allerdings wenig bestimmt aufgestellt ist und das auf Gemeinsamkeit der Beweismittel, welche sich allerdings nur eng im Rahmen des 1. Absatzes des § 244 der Prozessordnung hält ²⁾.

¹⁾ Siehe hierüber Glaser, Beiträge, S. 320 ff.

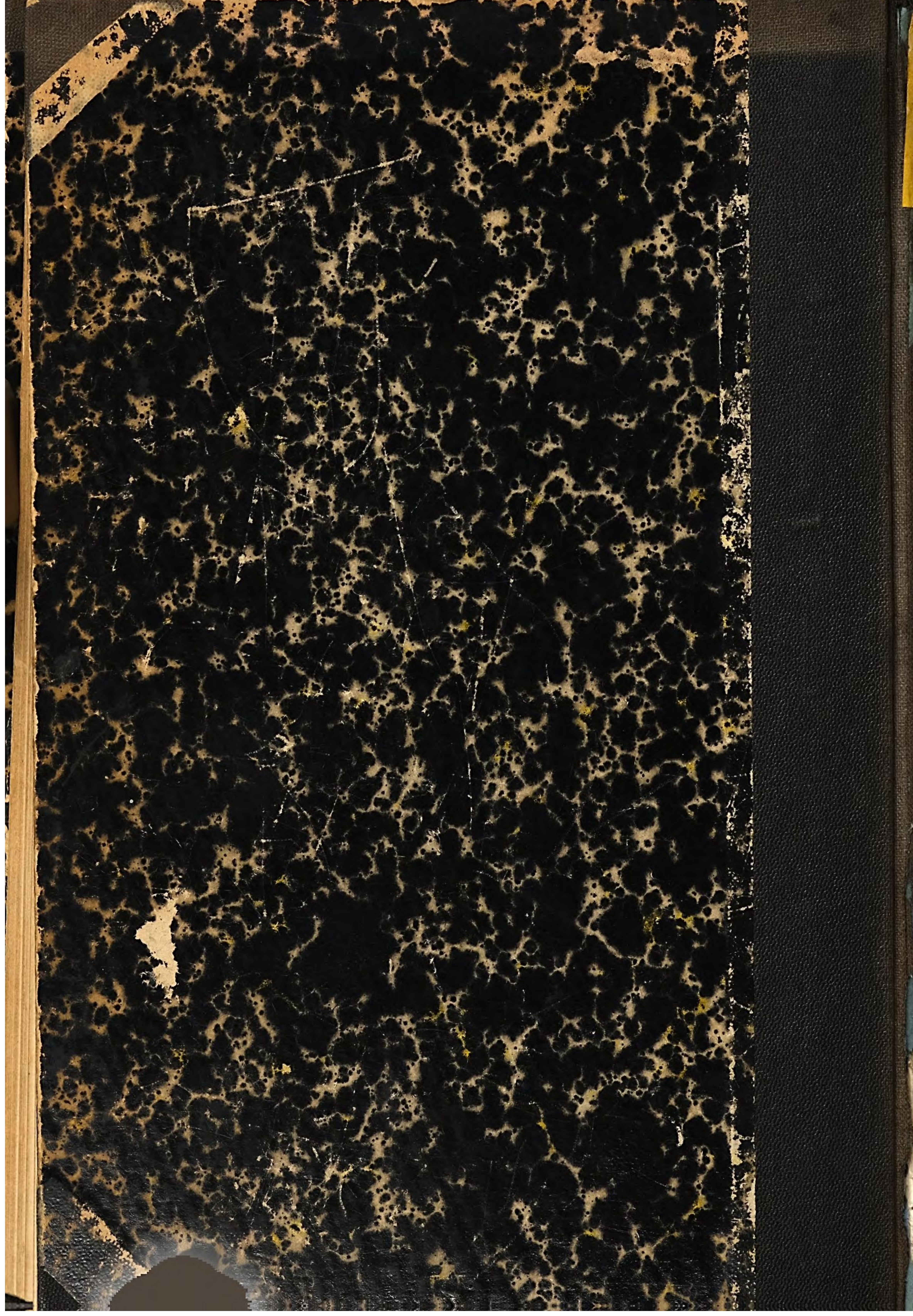
²⁾ Siehe Glaser, Handbuch, I, S. 425. Meves, G.-Archiv, 40, S. 434 ff. Weiter dehnt R.G., IV, 24. September 1895, Nr. 2526, 95; Jur. Wochenschrift 1895, S. 572, Nr. 15 das Recht aus, wenn der Staatsanwalt einen Beweisantrag stellte, wegen der Vorschrift des § 158, 2 Pr.O. gegenüber E. 17, 375. Dass England dagegen weder theoretische noch praktische Bedenken trägt, das beweist die allerdings wieder zurückgezogene, aber

§ 37.

Es wäre möglich, aber gewiss unpraktisch, aus diesen Darlegungen noch eingehende principielle Schlussfolgerungen zu ziehen. Soweit das nöthig und thunlich erschien, sind diese schon in den einzelnen Theilen dargelegt. Alles Weitere erscheint mir bei der Unfertigkeit der systematischen Ausbildung unseres Prozesses unfruchtbar. Soweit aber solche Grundsätze nöthig sind, nämlich bei einer Reform unseres Prozesses, bedarf es noch viel eingehenderer Fortarbeit und insbesondere erfahrener Zusammenfassung der Ergebnisse auf den Einzelgebieten. Hier habe ich wohl auch allgemein die Grundsätze des Parteiprozesses entwickelt, aber doch stets den einen Punkt des Auftretens der Parteien im Auge behalten. Ich halte es für sehr wichtig, dass bei solchen Einzelforschungen das Ganze stets beachtet werde, nicht nur alle Grundsätze des Prozesses selbst, sondern auch der Zusammenhang des Prozesses mit den übrigen Theilen des Rechtssystems. Eine derartige Arbeit, so dogmatisch-grau sie erscheinen mag, darf dann doch auch für die Praxis ihre Geltung beanspruchen, denn jeder Praktiker wird empfinden, wie sehr er bei allen Einzelheiten seiner Thätigkeit von festen Grundprincipien ausgehen muss, um folgerecht und damit wahrhaft erfolgreich zu arbeiten, wie wünschenswerth es ist, dass er von vorneherein mit den Grundgedanken des Verfahrens bei allen Einzelheiten desselben schon vertraut sei, und wie verschiedenartig die einzelnen Theile unseres Prozesses ausschauen, wenn wir sie von verschiedenen Standpunkten aus auffassen. Gerade das Letztere glaube ich hier dargelegt zu haben.

schon seit Jahren vielbesprochene evidence in criminal cases bill, wonach Angeklagte als Zeugen sollen schwören dürfen. Siehe darüber Hirschfeld in der Deutschen Juristenzeitung, I, 1896, S. 310 ff.; Jnhülsen im Archiv für öffentliches Recht, XII, S. 54 ff.





Mittermaier, Wolfgang,

Die Parteistellung der Staatsanwaltschaft im reformirten deutschen
Strafverfahren

Stuttgart 1897

Crim. 181 b

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11804521-4